

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur internet

Montero, Etienne

Published in:

DCCR : Droit de la consommation = Consumentenrecht

Publication date:

2011

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2011, 'Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur internet', *DCCR : Droit de la consommation = Consumentenrecht*, numéro 90, pp. 56-102.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur Internet

Etienne MONTERO¹

I. Introduction – État des lieux

1. La mise au point de divers outils technologiques, souples et d'utilisation aisée pour tout un chacun, a permis l'avènement du «Web 2.0». Ce vocable, désormais familier, désigne la seconde génération des services en ligne qui se caractérisent par une forte interaction entre les usagers de l'internet et leur participation dynamique à la création et à la diffusion des contenus. Ont ainsi fleuri sur la toile, ces dernières années, une immense variété de sites communautaires et participatifs, tels les sites de partage de contenus (YouTube, Dailymotion...), les réseaux sociaux (Facebook, Myspace, Twitter...), les mondes virtuels (Second Life...), les ouvrages collaboratifs (Wikipedia...), des plateformes destinées à mettre en relation des vendeurs et des acheteurs (eBay², Priceminister, Aucland.fr, ricardo.de), etc.³

Les plateformes de mise en relation permettent de réunir des milliers, sinon des centaines de millions d'individus⁴, favorisant ainsi des synergies pratiquement impossibles à réaliser hors ligne. On assiste, depuis plusieurs années, à une explosion de tels espaces de mise en relation, souvent dénommés «places de marché électroniques»⁵.

Les sites de recherche d'emploi ou de rencontres sont autant d'exemples – plus classiques et plus anciens – illustrant les multiples facettes de ces plateformes de mise en relation. D'autres «places de marché» moins traditionnelles ont également connu un certain suc-

¹ Professeur ordinaire aux FUNDP (Namur). Doyen de la Faculté de Droit.

² Même si certaines places de marché électroniques telle eBay sont antérieures à l'émergence du vocable «Web 2.0», elles présentent indiscutablement les caractéristiques propres aux services 2.0, parmi lesquelles le rôle central joué par les utilisateurs dans la création et la diffusion en ligne de contenus.

³ Sur ce sujet et sur les conséquences juridiques du développement du Web 2.0, voy. E. MONTERO, «Les responsabilités liées au Web 2.0», *R.D.T.I.*, n° 32, 2008, pp. 363 et s.

⁴ eBay comptait plus de 276 millions d'utilisateurs inscrits en 2009. Source : Wikipedia.

⁵ On comptait déjà, en 2004, plus de 1 000 places de marché électroniques dans le monde. *Cfr* P. ROOS, «Les places de marché électroniques : des enchères inversées au développement de services à valeur ajoutée», <http://www.creg.ac-versailles.fr/spip.php?article18>.

cès. On songe notamment aux plateformes de crédit *peer-to-peer*, sur lesquelles des particuliers empruntent et se prêtent mutuellement de l'argent⁶.

2. Les places de marchés peuvent être généralistes⁷ ou spécialisées⁸, et proposer ou non de conclure la transaction sur le site. Elles s'adressent aux particuliers ou aux professionnels uniquement⁹, ou aux uns et aux autres. Elles proposent des ventes traditionnelles (à prix fixe) ou aux enchères, ou les deux.

Ces différentes plateformes offrent parfois aussi des services supplémentaires, tels que l'analyse des biens vendus¹⁰, des assurances en cas de défaillance d'une des parties à l'opération, des moyens de paiement alternatifs¹¹, le blocage transitoire des sommes relatives à la transaction, ou encore des systèmes d'évaluation des utilisateurs.

Le succès de ces places de marché électroniques est évident et s'explique aisément : « vendeurs et acheteurs, professionnels et clients, peuvent directement se rencontrer dans l'espace virtuel des réseaux, sans avoir à se heurter au problème des distances géographiques, à celui des frontières politiques, ou encore à composer avec l'intervention, toujours onéreuse, des intermédiaires »¹².

3. Le type de places de marché le plus populaire est sans nul doute celui des plateformes de vente aux enchères, qui permettent aux vendeurs de publier une annonce relative à un

⁶ Sur ce type d'espace, les emprunteurs indiquent la somme dont ils ont besoin et le taux maximal qu'ils sont susceptibles d'accepter, et les prêteurs indiquent la somme qu'ils sont disposés à prêter. La plateforme sert d'intermédiaire chargé de mettre en relation l'offre et la demande et de déterminer le taux qui satisfera le plus grand nombre. Ce type d'intermédiation évite de passer par les intermédiaires traditionnels, tels que les banques et institutions de crédit, et met en place un cadre pour permettre aux intervenants de compléter leur transaction en ligne. Bien entendu, ce système n'est pas sans soulever des questions d'ordre juridique dès lors que, loin d'être classique, l'intermédiation financière y pratiquée est de nature essentiellement technique et administrative. *Cfr.*, par ex., les sites Zopa au Royaume-Uni ou Boober aux Pays-Bas. À ce sujet, voy. le rapport du Comité de direction de la Commission bancaire, financière et des assurances de l'année 2007, pp. 81-83, disponible sur le Web à l'adresse http://www.cbfa.be/fr/publications/ver/pdf/cbfa_dc_2007.pdf; E. WÉRY et G. COLLARD, « Le point sur le P2P Lending et le P2P Venture en droit belge », 17 février 2010, www.droit-technologie.org.

⁷ Ainsi peut-on trouver sur eBay une immense variété d'objets offerts à la vente, aux enchères ou à prix fixe.

⁸ Exemples : le site MrMachinery est spécialisé dans la vente aux enchères de machines-outils (<http://www.mrmachinery.com>); le site Fordaq & Netbois est spécialisé dans la vente de bois, dérivés et machines à bois (<http://netbois.fordaq.com>).

⁹ Le site www.bobex.be s'adresse aux professionnels qui veulent acquérir des services ou des produits en lançant des espèces d'appels d'offres leur permettant de procéder à une analyse de marché plus facilement qu'hors ligne.

¹⁰ Voy. le cas de MrMachinery qui propose des « enchères certifiées », dans lesquelles la plateforme délivre un certificat d'inspection du matériel.

¹¹ PayPal, société offrant des moyens de paiement, en est un bon exemple : cette société est détenue par eBay qui propose ce moyen de paiement sur son site.

¹² F. MAS, « L'esquisse d'un régime spécifique du courtage aux enchères par voie électronique », *R.L.D.I.*, n° 12, 2006, p. 59.

bien ou un service, assortie d'une description et d'une ou plusieurs photos, et aux acheteurs d'enchérir pendant un laps de temps déterminé pour acquérir l'objet ou la prestation offerte sur le site.

Si eBay est le *leader* incontesté du marché¹³, les sites de vente aux enchères foisonnent sur le net, qu'ils soient généralistes ou spécialisés dans un type de vente, limités à un territoire ou de couverture internationale, qu'ils s'adressent à tous ou uniquement aux professionnels¹⁴.

Notons que plusieurs types d'enchères existent : il existe des enchères «classiques» (dans ce système, le bien est attribué au plus offrant à la fin d'une période déterminée), mais aussi des enchères dites «hollandaises»¹⁵, ou encore des «enchères inversées»¹⁶. Ces différents types d'enchères ne seront pas étudiés ici ; seul retiendra notre attention le système d'enchères le plus répandu, à savoir les enchères au plus offrant. La légalité des autres espèces d'enchères évoquées est d'ailleurs sujette à question, dès lors qu'elles font parfois intervenir le hasard et nécessitent une participation financière de la part des enchérisseurs, ce qui pourrait valoir leur qualification comme jeux de hasard, strictement réglementés en Belgique¹⁷.

4. Concernant les enchères «classiques», on peut classer celles-ci en trois grandes catégories¹⁸ :

- les enchères en ligne, opérées par des sociétés dont la vente aux enchères est l'activité principale (y compris hors ligne). Les plus connues sont Sotheby's et Christie's ;

¹³ La part d'eBay serait estimée entre 85 et 95% du marché mondial des enchères en ligne (source : *Les ventes publiques en France. Rapport d'activité 2008*, établi par le Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, Paris, La documentation française, 2009, p. 157). 113 millions d'articles seraient mis en vente quotidiennement sur eBay qui, en 2008, aurait réalisé un chiffre d'affaires de 8 541 milliards USD (source : Wikipedia). Pour une présentation, voy. T. DE COSTER, «Les ventes aux enchères sur Internet : le cas de eBay», in *Les pratiques du commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 30, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 129-137.

¹⁴ On citera à titre d'exemples de sites proposant des ventes aux enchères : Aucland.fr, eBid.be, Autorola.be, amazon.co.uk, ou encore Mascoo.com.

¹⁵ Dans ce système, c'est le vendeur qui va incrémenter son prix vers le bas, jusqu'à ce qu'un acheteur déclare acheter le bien mis en vente.

¹⁶ Ce type de vente aux enchères connaît un succès considérable : la personne qui formule l'offre la plus basse, tout en étant la seule à proposer ce prix, emporte le lot. Voy. par ex. le site www.encherevip.com. Cfr également N. GENTY, J. HUET et A. DUMONT-TRICOT, «Les enchères électroniques 'inversées' encadrées par la loi (loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises)», *Comm. com. élec.*, mai 2006, pp. 10-14.

¹⁷ Cfr loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard, les établissements de jeux de hasard et la protection des joueurs (*M.B.*, 30 décembre 2009, p. 50040), telle que modifiée par deux lois du 10 janvier 2010 (*M.B.*, 1^{er} février 2010, p. 4309 et p. 4323).

¹⁸ Voy. G. RUE, «La vente en ligne et le consommateur», in *Protection du consommateur, pratiques commerciales et T.I.C.*, CUP, n° 109, Liège, Anthemis, 2009, p. 119 ; T. VERBIEST, *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique*, Bruxelles, Larcier-L.G.D.J., 2004, pp. 145-146.

- les enchères comme moyen de vendre un produit ou un service sur des sites dont la vente aux enchères n'est pas l'activité principale. On pense au site du voyageur Nouvelles Frontières, qui propose régulièrement des vacances à la vente aux enchères sur son site;
- enfin, les enchères proposées sur les plateformes de mise en relation entre vendeurs et acheteurs, jusqu'à ce que le bien soit attribué au plus offrant. C'est le système utilisé par eBay ou Aucland. Notons qu'eBay propose également de vendre des biens sans enchères et que ce mode de vente n'est donc pas le seul utilisé par le site.

5. Nous nous intéresserons plus particulièrement à la dernière catégorie. S'inspirant des critères retenus par G. Rue¹⁹, on peut relever que les sites de vente aux enchères en question présentent les principales caractéristiques suivantes :

- ils n'interviennent pas dans la conclusion de la vente, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas partie à la vente au sens strict;
- ils perçoivent une commission sur la vente, due par le vendeur, qui payera également des frais d'insertion de l'annonce;
- les prestations sont totalement automatisées, et l'opérateur du site n'intervient pas dans celles-ci (placement d'annonces, finalisation de la transaction, paiement...), ni ne contrôle les objets proposés à la vente;
- les objets mis en vente peuvent être soit neufs, soit d'occasion;
- les utilisateurs peuvent être des particuliers ou des professionnels;
- le site est un cadre préconstitué permettant aux utilisateurs de fournir leur contenu avec les contraintes techniques prédéterminées.

6. Les pages qui suivent tenteront d'apporter un éclairage sur le régime juridique de ces «places de marché électroniques» (ci-après, PM) où sont proposés à la vente, vendus et achetés des biens en tout genre. En amont de la question de la responsabilité de ces sites, qui a déjà fait couler beaucoup d'encre en doctrine et donné lieu à quantité de décisions de justice, se pose celle de leur qualification (II). Des qualifications retenues découlent bien entendu les règles de droit applicables à ces sites et à leurs utilisateurs dans leurs relations respectives.

À la lumière des qualifications et régimes juridiques, seront ensuite examinées les différentes relations susceptibles de s'établir autour des PM (III).

¹⁹ G. RUE, *op. cit.*, p. 120.

II. Qualification juridique de l'activité des places de marché électroniques

7. La question de la qualification se déploie dans une triple direction suivant l'angle d'analyse envisagé. Tout d'abord, il y a lieu d'examiner si les opérations de vente aux enchères réalisées sur ces places de marché électroniques ressortissent à la notion de vente publique et, à ce titre, sont soumises à la réglementation propre à ce type de ventes. Sous cet angle, c'est la technique particulière de préformation de la vente qui est prise en considération²⁰, et non sa nature juridique dès lors que la vente publique est, à l'instar de la vente de gré à gré, une vente au sens des articles 1582 et suivants du Code civil, c'est-à-dire un contrat synallagmatique translatif de la propriété d'une chose moyennant le paiement d'un prix²¹ (A).

Vient ensuite la qualification de l'opération d'intermédiation proposée par le site de mise en relation. À cet effet, différentes formes d'intermédiation commerciale seront passées en revue pour être confrontées aux sites de mise aux enchères (B).

Étant donné que les PM offrent des services en ligne, se pose encore la question de leur qualification comme «services de la société de l'information» au sens de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information²² (C).

A. Vente publique?

8. Les ventes aux enchères organisées sur les places de marché électroniques doivent-elles être regardées comme des «ventes publiques»? Cette question se révèle redoutable à en juger par la diversité des réponses y apportées. Il est vrai que la notion de «vente publique» est une bouteille à encre. De l'épais brouillard qui l'entoure se dégagent néanmoins quelques certitudes²³. Commençons donc par là.

²⁰ La vente publique se distingue de la vente de gré à gré sur le terrain du processus de formation du contrat. Dans les ventes de gré à gré, une offre est formulée (avec description du bien proposé et indication de son prix) en manière telle que l'acceptation suffise à former le contrat. En matière de ventes publiques, il est plutôt question d'un appel d'offres (à défaut d'indication de prix); ce sont les enchérisseurs qui font successivement offre en proposant un prix.

²¹ En ce sens, A. PUTTEMANS, «Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques mobilières», in *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, p. 910.

²² M.B., 17 mars 2003, p. 12963.

²³ Il n'est naturellement pas question d'exposer tous les aspects du régime de la vente publique, mais de cibler ceux qui intéressent directement notre propos. Pour un développement plus complet, voy., parmi d'autres, M. VAN DEN ABBEELE, «La vente publique volontaire d'antiquités, d'objets d'art et de collections», *D.C.C.R.*, 2009, pp. 3-50; D. CLAEYS, *Vendre ou acheter en vente publique*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009; A. PUTTEMANS, «Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques mobilières», in *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, pp. 909-936; A. DELIÈGE, «Vente publique volontaire d'immeuble», *Rép. not.*, t. VII, livre IV, Bruxelles, Larcier, 1993.

9. *Primo*, contrairement à ce qui se lit trop souvent, les notions de vente aux enchères et vente publique ne se recouvrent pas parfaitement. Il faut à tout le moins nuancer. D'une part, toute vente aux enchères n'est pas une «vente publique». En effet, il n'est pas de vente «publique» sans un minimum de «publicité» destinée à convoquer... le «public» et à le mettre en situation de concours. Bien qu'une publicité «trop discrète» n'empêche pas nécessairement que la vente puisse être qualifiée de publique²⁴, il n'est pas moins vrai que sont en principe exclues de la notion les ventes dont l'accès est réservé à un petit nombre de personnes désignées ou sélectionnées²⁵. D'autre part, toute vente publique ne suppose pas nécessairement des enchères *stricto sensu*. En effet, il se déduit d'une diversité de textes que la vente publique de *meubles* s'opère soit «aux enchères» (entendues comme des offres successives *supérieures* aux offres précédentes), soit «au rabais» (l'on part ici d'une mise à prix élevée pour la diminuer graduellement jusqu'à ce qu'un amateur se déclare «preneur»), soit «par soumission» (en ce cas, la vente se réalise par l'ouverture d'enveloppes fermées contenant les offres des amateurs et le bien est adjugé à celui qui a fait la meilleure offre)²⁶.

10. *Secundo*, les ventes publiques requièrent en droit belge l'intervention d'un officier public, sous peine de sanctions pénales²⁷. En matière de ventes publiques de *meubles*, les notaires et les huissiers de justice se partagent le monopole²⁸. Quant aux ventes publiques d'*immeubles*, volontaires ou judiciaires (amiables ou forcées), elles sont de la compétence exclusive des notaires et ne peuvent «se faire qu'au plus offrant et dernier enchérisseur»²⁹. En toute hypothèse, le rôle de l'officier ministériel se limite à la direction de la vente publique³⁰, tandis que l'organisation matérielle de la vente (publicité préalable, présentation des objets, l'adjudication même...) peut être assurée par le vendeur lui-même ou par un professionnel de ce type de vente³¹.

²⁴ Cass., 15 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 803.

²⁵ Cfr M. VAN DEN ABEELE, «La vente publique volontaire d'antiquités, d'objets d'art et de collections», *D.C.C.R.*, 2009, p. 8, et les références doctrinales et jurisprudentielles citées.

²⁶ Sur ces textes et ces notions, parmi d'autres, M. VAN DEN ABEELE, «La vente publique volontaire d'antiquités, d'objets d'art et de collections», *op. cit.*, pp. 11-13. On conviendra toutefois avec A. PUTTEMANS (*op. cit.*, p. 917, n° 14 et p. 923, n° 26 et réf.) qu'à défaut de mise en concurrence publique, les ventes par soumission ne sont pas véritablement des ventes publiques. En pratique, cependant, en matière mobilière, il n'est pas rare que l'huissier dispose d'offres écrites dont les montants sont proclamés à mesure de l'évolution des enchères dans la salle.

²⁷ Article 227 du Code pénal.

²⁸ Article 226, alinéa 1^{er}, du Code des droits d'enregistrement et article 516, alinéa 5, du Code judiciaire.

²⁹ Cfr article 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 16 mars 1803 contenant organisation du notariat (loi de Ventôse). Cette disposition est libellée comme suit : «Sous réserve des droits de l'autorité publique, ils (i.e. les notaires) ont seuls qualité pour procéder aux ventes publiques d'immeubles, de rentes et de créances hypothécaires. Ces ventes ne peuvent se faire qu'au plus offrant et dernier enchérisseur». En d'autres termes, avant d'adjuger le bien au plus offrant, le notaire doit avoir ménagé la possibilité de formuler une offre supérieure et constaté que plus personne ne surenchérit.

³⁰ Il est tenu d'être présent lors de la séance d'enchères et assume la rédaction des actes.

³¹ Il est parfois appelé «commissaire-priseur», même si, en Belgique, cette terminologie française ne renvoie à aucune réalité juridique particulière.

11. *Tertio*, l'on sait que, de longue date, des dispositions particulières de la législation sur les pratiques du commerce encadrent certaines ventes publiques volontaires de meubles³². Toutefois, la nouvelle loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (L.P.M.C.)³³ – qui remplace l'ancienne L.P.C.C. – exclut explicitement de ses règles sur les ventes publiques les offres en vente et ventes faites au consommateur au moyen d'une technique de communication à distance (art. 65, § 1^{er}, point 5). Il ne peut dès lors plus être question de ventes publiques en ligne au sens de cette réglementation. Aux termes de l'article 65, § 2, le Roi est néanmoins habilité à «déterminer les conditions applicables aux offres en vente et ventes publiques de biens au moyen d'une technique de communication à distance»³⁴. Remarquons qu'il peut être déduit de cette habilitation spécifique que, dans l'esprit du législateur belge, une vente à distance – notamment par le biais de l'internet – peut constituer une vente publique³⁵.

12. Venons-en à présent au cœur du problème. Qu'est-ce qu'une vente publique? Les ventes aux enchères en ligne sont-elles couvertes par cette notion?

En l'absence de définition légale de la notion de vente publique, il faut s'en remettre à la doctrine et à la jurisprudence. Comme il a déjà été suggéré, les auteurs ne s'accordent guère sur ce qu'il y a lieu d'entendre par *vente publique*. Rares sont ceux qui se risquent à *définir* la notion, la plupart préférant se borner à en décrire les caractéristiques propres. Il s'en suit un malentendu persistant en doctrine : l'on ne sait pas toujours si l'on s'est agi, dans l'esprit de tel ou tel auteur, de dégager l'essence de la notion – sa définition – ou les éléments qui découlent de la préalable qualification d'une opération comme vente publique – c'est-à-dire son régime juridique.

13. Il est pourtant capital de distinguer soigneusement ces deux démarches, qui ne reviennent pas au même : une chose est d'esquisser les contours de la notion de vente publique, autre chose de déterminer les conditions de licéité d'une telle vente. Par exemple, il est évident que la présence de l'officier public n'est pas un élément de la définition mais du régime juridique de la vente publique. Comme l'écrit le procureur général J. Leclercq : «Il faut [...] que l'expression *vente publique* puisse être appliquée à une vente faite sans l'intervention d'un officier public, puisque autrement il ne pourrait y avoir lieu à en frap-

³² Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, articles 69 à 75. Sur l'objet, le champ d'application, la portée et l'évolution de ces dispositions, voy., en particulier, A. DE CALUWÉ, A.C. DELCORDE et X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, ouvrage à feuillets mobiles, Bruxelles, Larcier, n°s 19.1 et s.

³³ *M.B.*, 14 avril 2010, p. 20803.

³⁴ En revanche, les dispositions relatives aux contrats à distance s'appliquent aux ventes publiques organisées au moyen d'une technique de communication à distance, même si le Roi est habilité à prendre des dispositions particulières pour ce type de ventes (article 57, § 1^{er}, 6°, de la L.P.M.C.).

³⁵ En ce sens, A. PUTTEMANS, *op. cit.*, p. 926, n° 29, à propos de l'article 83 de la L.P.C.C.

per les auteurs des peines de la loi»³⁶. Il importe de ne pas subordonner la qualification comme vente publique à des conditions qui n'appartiennent pas à l'essence de la notion, sous peine de faciliter l'évitement du régime juridique de la vente publique : il suffirait de méconnaître l'une des conditions. Dans cet ordre d'idées, un auteur expose que même au cas où un *élément essentiel* à la vente publique ne serait pas respecté, la loi de protection pourrait trouver à s'appliquer³⁷. Cette formulation apparaît maladroite : l'élément en question ne saurait être tenu pour *essentiel* à la notion de vente publique si son absence n'empêche pas l'opération d'être regardée comme telle³⁸.

14. Il est usuel en cette matière de se référer à un arrêt, aussi ancien qu'incontournable, dans lequel la Cour de cassation fut amenée à cerner les contours de la notion (afin de déterminer si la loi du 24 mars 1838 était applicable en l'espèce³⁹). Suivant les conclusions de son procureur général, la Cour de cassation considéra alors qu'il y a vente publique «lorsqu'il est établi qu'elle a eu lieu en présence d'un concours d'individus convoqués par annonces et affiches à s'assembler à jour et heure fixes, dans un local ouvert à tout le monde [...]»⁴⁰.

Dans un arrêt plus récent, du 15 avril 1975⁴¹, la Cour considère, d'une part, que la vente publique doit s'accompagner d'une publicité, ce terme devant être défini par rapport au sens qu'il a habituellement et normalement⁴², d'autre part, que la vente doit se faire au plus offrant, le propriétaire ayant en outre la volonté de vendre de cette manière l'objet mis en vente.

Il est généralement déduit de ces sources jurisprudentielles qu'il y a vente publique dès l'instant où sont présents les éléments essentiels suivants :

- une annonce publique;
- une concurrence publique;
- une adjudication publique⁴³.

³⁶ Conclusions précédant Cass. (ch. réunies), 9 mars 1839, *Pas.*, I, p. 29.

³⁷ E. VAN TRICHT, «Le notaire et la vente publique», *Rev. not. b.*, 1988, p. 396. Souligné par nous.

³⁸ Cfr Thomas D'AQUIN, *S. th.*, I, q. 76, article 1 : *illud quod inest alicui rei secundum se, semper inest ei* («ce qui appartient par essence à une réalité s'y trouve toujours»).

³⁹ Cette loi érigeait en délit punissable le fait de *vendre publiquement et par adjudication* des marchandises neuves.

⁴⁰ Cass. (ch. réunies), 9 mars 1839, *Pas.*, I, 27. Voy. l'analyse fouillée d'A. PUTTEMANS, «Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques mobilières», in *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, pp. 911 et s.

⁴¹ Cass. (2^e ch.), 15 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 803 et spéc. p. 809.

⁴² L'arrêt déféré à la censure de la Cour de cassation constata en l'espèce que la publicité était trop «discrète».

⁴³ Voy. en ce sens, avec diverses nuances, E. VAN TRICHT, «Le notaire et la vente publique», *Rev. not. b.*, 1988, pp. 393-394; A. DELIÈGE, «Vente publique volontaire d'immeuble», *Rép. not.*, t. VII, livre IV, Bruxelles, Larcier, 1993, pp. 27-28, n° 1; A. PUTTEMANS, «Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques

15. Conformément à l'opinion émise par le procureur général Leclercq dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1839, la plupart des auteurs s'accordent pour considérer que la notion de vente publique doit s'entendre comme elle apparaît au sens commun et dans le langage courant. Tout en étant du même avis, nous pensons, précisément pour ce motif, que seuls les deux premiers éléments ressortissent à l'essence de la notion de vente publique. Autrement dit, à nos yeux, une vente publique suppose, ni plus ni moins, une annonce publique préalable et la participation d'un public placé en concurrence.

Quelques auteurs nous semblent partager cette approche. Ainsi, pour A. Cuvelier, il y a vente publique «lorsque la vente a lieu en présence d'un concours de personnes attirées à un moment donné par la mise en vente d'un bien, à un endroit accessible à tout le monde, dans des conditions telles que le droit de participer aux opérations de la vente est offert à tous les assistants»⁴⁴. Ainsi encore, pour J.-L. Ledoux, «dès que, d'une façon ou d'une autre, on organise une compétition réunissant soit physiquement soit virtuellement des candidats acquéreurs, il nous paraît y avoir vente publique et obligation de respecter l'alinéa deux de l'article premier»⁴⁵.

16. Autrement dit, un double élément paraît constituer l'essence de la notion :

- 1° une *publicité préalable* : la mise en vente doit faire l'objet d'une annonce publique, sous quelque forme que ce soit, invitant les amateurs à participer aux enchères⁴⁶, et
- 2° un *concours public* entre les amateurs, étant entendu que : *primo*, cette concurrence doit donner lieu à un engagement ferme dans le chef du meilleur enchérisseur (si les parties restent libres de se délier de leurs obligations sans conséquence, le régime protecteur n'est pas de mise)⁴⁷; *secundo*, il importe que chacun des enchérisseurs puisse être informé des offres successives (sans nécessairement savoir de qui elle émane) et

mobilières», in *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, pp. 916-918, n°s 13 et s.; L. BARNICH et A. PUTTEMANS, «La vente publique d'œuvres d'art», *Le marché de l'art*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 43-44; M. VAN DEN ABEELE, «La vente publique volontaire d'antiquités, d'objet d'arts et de collections», *D.C.C.R.*, 2009, pp. 3 et s.; D. CLAEYS, *Vendre ou acheter en vente publique*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 6.

⁴⁴ A. CUVELIER, «Droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, Principes généraux», *Rép. not.*, t. XV, livre X, Bruxelles, Larcier, 1990, p. 534, n° 979.

⁴⁵ J.-L. LEDOUX, Rapport, Dossier n° 4376 «Offres sous enveloppe fermée – vente publique?», in *Travaux du Comité d'Études et de Législation*, Année 2006-2007, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 174.

⁴⁶ Tel n'est pas le cas si seules certaines personnes désignées peuvent prendre part à la vente. Notons qu'il s'agit d'une question de fait qui doit être raisonnablement interprétée.

⁴⁷ Il n'y a *vente publique* que si le dernier enchérisseur est effectivement tenu par son offre. Si tel n'était pas le cas, et alors même que les autres éléments de la notion sont présents (publicité, libre accès du public, concours), il ne saurait y avoir vente publique. En effet, si le dernier enchérisseur n'était pas tenu par son offre vis-à-vis du vendeur, la protection légale consistant dans l'intervention de l'officier public se révélerait superflue.

ait l'occasion de surenchérir à son tour; *tertio*, il doit être clair *ab initio* que le meilleur enchérisseur se verra adjudger le bien.

Ces circonstances font naître une émulation entre les candidats acquéreurs et entraînent des risques particuliers, qui justifient le régime juridique de la vente publique. Il s'agit de protéger les participants contre les abus et fraudes auxquels les enchères peuvent donner lieu (collusion entre le vendeur et un acheteur pour faire monter artificiellement les enchères ou entente entre enchérisseurs au détriment du vendeur) et, en particulier, les offrans contre l'emballement provoqué par «le feu des enchères» et le danger d'un achat irréfléchi. Si l'intervention d'un officier public est requise, c'est non seulement pour garantir la perception des droits destinés au Trésor, mais aussi pour assurer la correcte information des parties et la loyauté de la mise aux enchères. De ces considérations, il ressort que, de toute évidence, ni l'intervention de l'officier public, ni les formes de publicité utilisées, ni l'exigence d'un rassemblement dans un type particulier de local n'appartiennent à l'essence de la notion.

17. En revanche, faut-il encore que l'adjudication soit *prononcée publiquement* pour qu'il y ait vente publique? La question est importante dès lors que certains sites web organisant des ventes aux enchères semblent tirer argument de l'absence d'adjudication publique pour se soustraire aux rigueurs de la loi.

Pour les motifs déjà suggérés, il ne nous semble pas que l'adjudication publique du bien soit consubstantielle à la notion de vente publique. Cette exigence n'apparaît pas dans les définitions de A. Cuvelier et de J.-L. Ledoux, reproduites plus haut, ni sous la plume de H. De Page⁴⁸. La nécessité de prononcer publiquement l'adjudication doit s'analyser, nous semble-t-il, non comme un élément essentiel de la notion de vente publique, mais plutôt comme une exigence découlant de la qualification préalable d'une opération comme telle, c'est-à-dire comme une condition de sa licéité. Dès lors, on ne saurait prétendre échapper au régime de la vente publique en évitant de prononcer publiquement l'adjudication.

Encore peut-on se demander si la question n'est pas surtout théorique : l'adjudication ne sera-t-elle pas naturellement publique dès l'instant où les deux éléments essentiels de la vente publique sont présents (annonce publique et concours public)? Ainsi, suivant un enseignement classique, il n'y aurait pas vente publique si, après avoir recueilli les offres écrites des amateurs, le vendeur notifie à l'un d'eux seulement qu'il accepte son offre, sans procéder à cette notification devant l'assemblée des amateurs⁴⁹. L'assertion est juste

⁴⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 531bis, p. 523.

⁴⁹ E. GENIN et A. GENIN, *Commentaire du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe*, t. II, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1950, p. 768, n° 2100, *in fine*. Cfr également article 231 du C. enr. *Adde* : A. VAN DEN BOSSCHE, «Bedenkingen bij de openbare verkoping», *J.J.P.*, 2009, p. 15 et les réf. citées; L. BARNICH et A. PUTTEMANS, «La vente publique d'œuvres d'art», *op. cit.*, p. 44.

mais, en ce cas, une véritable concurrence publique semble également faire défaut. Ainsi encore, un particulier (propriétaire, agent immobilier...) ne pourrait réunir un cercle d'amateurs, recueillir les enchères, puis faire signer au plus offrant une convention sous seing privé, destinée à être authentifiée ultérieurement; il est estimé qu'une telle pratique violerait l'article 1^{er} de la loi de Ventôse et pourrait donner lieu à l'application de sanctions pénales (art. 227, du C. pén.)⁵⁰. Mais, on peut considérer qu'en cette hypothèse, les éléments constitutifs de la vente publique (convocation et mise en concurrence d'un public, fût-il relativement restreint) sont réunis de sorte que la présence de l'officier public est de mise.

18. Qu'en est-il à présent des ventes aux enchères sur les places de marché électroniques?

Il ressort d'une intéressante décision française antérieure à l'adoption de la loi du 10 juillet 2000 (*infra*, n° 20) que la vente aux enchères en ligne peut être regardée comme une vente publique puisqu'elle est accessible à tout internaute intéressé, dût-il s'inscrire au préalable et adhérer aux conditions d'utilisation du service en ligne⁵¹. Effectivement, il est permis de conclure à l'existence d'une vente publique dès lors que sont réunies les conditions de la notion : une annonce publique et une concurrence publique.

Bien que la vente soit en réalité « limitée » aux internautes, la publicité qui lui est donnée est certainement suffisante dans la mesure où l'accès à l'internet est largement ouvert, sans autre « contrainte » (si l'on ose dire) qu'une inscription préalable. Il est par ailleurs satisfait à la condition de concurrence publique dès lors que les candidats peuvent observer à l'écran l'évolution des enchères et y participer activement en manière telle qu'une émulation s'installe entre eux⁵². Certes, les enchérisseurs ne sont pas physiquement présents et les enchères s'étendent d'ordinaire sur plusieurs jours de sorte que les risques inhérents à l'émulation découlant de ce concours peuvent s'en trouver quelque peu réduits. Néanmoins, ces risques demeurent bien réels et paraissent justifier l'application du régime protecteur de la vente publique (ministère de l'officier public, information et conseil, police de la vente...), d'autant que « le public qui participe à ces enchères est généralement moins averti que celui qui fréquente les salles des ventes non virtuelles »⁵³. Enfin, *quid* du caractère public de l'adjudication – si tant est qu'il faille y voir une condition de la notion de vente publique (*supra*, n° 17) –, sachant qu'aucune contrainte légale

⁵⁰ En ce sens, E. VAN TRICHT, « Le notaire et la vente publique », *Rev. not. b.*, 1988, p. 396; A. DELIÈGE, « Vente publique volontaire d'immeuble », *Rép. not.*, t. VII, livre IV, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 29, n° 3.

⁵¹ T.G.I. Paris (réf.), 3 mai 2000, *D.*, 2000, p. 640, note L. MAUGER VIELPEAU.

⁵² *Cfr* L. MAUGER-VIELPEAU, *Les ventes aux enchères publiques*, Paris, Economica, 2002, n°s 23 et s., cité par A. PUTTEMANS, « Réflexions autour des notions de vente et enchères publiques mobilières », *op. cit.*, p. 927, n° 31.

⁵³ L. BARNICH et A. PUTTEMANS, « La vente publique d'œuvres d'art », *op. cit.*, p. 45.

de forme n'est imposée à cet égard⁵⁴? Cette condition est généralement remplie, nous semble-t-il, dès lors qu'à l'issue de la période fixée pour les enchères, le bien est adjugé automatiquement – au vu et au su de tous – au meilleur enchérisseur (pourvu que celui-ci soit tenu par son offre⁵⁵).

19. Il se déduit de l'ensemble de ces considérations que les ventes aux enchères sur nombre de places de marché pourraient bel et bien s'analyser comme des «ventes publiques» et requérir, à ce titre, l'intervention d'un officier public.

Ainsi, violent le «monopole» notarial en matière de vente publique immobilière, les sites web, librement accessibles, qui proposent des immeubles à la vente aux enchères, en manière telle que, d'une part, les amateurs sont tenus informés des enchères successivement formulées et admis à surenchérir, et, d'autre part, que l'enchérisseur est tenu par son offre. À cet égard, il n'est pas anodin de remarquer que la plus célèbre place de marché électronique – eBay – exclut explicitement les immeubles du système d'enchères proposé sur son site : il y est prévu que pour les immeubles, une enchère ne constitue pas un accord contraignant, c'est-à-dire un accord qui obligerait le vendeur à vendre au meilleur enchérisseur et le meilleur enchérisseur à acheter l'immeuble⁵⁶. Actuellement, un projet visant à permettre des enchères sous forme dématérialisée, dans le cadre des ventes publiques immobilières, tant volontaires que judiciaires ou sur saisie, est à l'étude au sein de la Fédération Royale du Notariat Belge (FRNB)⁵⁷. L'intention est d'offrir aux candidats la possibilité d'enchérir, par voie électronique, pendant une période déterminée qui se clôturerait par une séance physique d'adjudication et au cours de cette dernière.

Quant aux ventes aux enchères mobilières sur les places de marché, elles devraient aussi, en principe, se plier au régime de la vente publique mobilière, qui suppose notamment la présence obligatoire d'un officier ministériel (huissier ou notaire). Il est toutefois difficile de nier l'ampleur du phénomène des ventes aux enchères mobilières sur les places de marché électroniques et prétendre que les milliers de ventes quotidiennes nouées sur ces dernières sont en réalité illicites. Force est de reconnaître, avec L. Barnich et A. Puttemans, qu'en pratique, cette analyse n'est soutenue par personne en Belgique, pas même par le percepteur des droits d'enregistrement⁵⁸. Aussi ces auteurs plaident-ils en faveur

⁵⁴ D. CLAEYS, *op. cit.*, p. 8. Plusieurs méthodes peuvent marquer la fin des enchères (troisième coup de marteau, extinction des feux ou de la bougie...).

⁵⁵ Lorsque tel n'est pas le cas, le site se contentant d'inviter vendeur et meilleur enchérisseur à entrer en contact pour conclure la vente, il n'est pas question de vente publique.

⁵⁶ *Cfr* le règlement sur les enchères non contractuelles.

⁵⁷ Une proposition de loi avait déjà été déposée en ce sens. *Cfr* la proposition de loi instaurant les enchères dématérialisées dans le cadre des ventes publiques d'immeubles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, doc. n° 52-2465/001.

⁵⁸ L. BARNICH et A. PUTTEMANS, *op. cit.*, p. 45; A. PUTTEMANS, *op. cit.*, p. 936, n° 41.

d'une adaptation des textes aux nouvelles réalités⁵⁹. Une réglementation appropriée n'est pas aisée à concevoir⁶⁰ et devrait idéalement être adoptée à l'échelon européen⁶¹. Pareille initiative aurait en tout cas le mérite de gommer le hiatus entre la théorie et la pratique.

20. En France, la question a été tranchée par l'adoption de la loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques⁶², intégrée dans le Code de commerce (art. L. 321-1 et s.). Cette loi établit une distinction entre ventes aux enchères publiques et courtage aux enchères⁶³.

Est assimilé à une vente aux enchères «le fait de proposer, en agissant comme mandataire du propriétaire, un bien aux enchères publiques à distance par voie électronique pour l'adjudger au mieux disant des enchérisseurs». Pareille vente entre dans le cadre de la loi, qui soumet les opérateurs à un agrément préalable du Conseil des ventes volontaires (CVV)⁶⁴. Sont par contre exclues de la loi, et soumises au droit commun, les «opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique, se caractérisant par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente entre les parties»⁶⁵.

B. Mandat, commission, agence commerciale, courtage?

21. Quel rôle précis jouent les places de marché électroniques dans la circulation des biens? Leur activité ressortit-elle à une ou plusieurs formes connues d'intermédiation

⁵⁹ Rappelons que la L.P.M.C. donne délégation au Roi pour déterminer les conditions applicables aux ventes publiques organisées au moyen d'une technique de communication à distance (article 65, §2).

⁶⁰ On songe notamment à la difficulté de contrôler le respect de celle-ci.

⁶¹ Une réglementation belge pourrait se heurter au principe de non-autorisation préalable inscrit à l'article 4 de la directive 2000/31 sur le commerce électronique. Il en résulte que l'accès à l'activité d'un prestataire de services de la société de l'information et l'exercice de celle-ci ne peuvent être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent. En ce sens, A. PUTTEMANS, *op. cit.*, p. 936; H. JACQUEMIN, «Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché», in H. JACQUEMIN (coord.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Limal, Anthemis, 2010, p. 69. Notons que les activités de notaire sont tenues en dehors du domaine d'application de la directive sur le commerce électronique (*cfr* article 1^{er}, §5, d).

⁶² J.O., 11 juillet 2000, p. 10474. Pour des commentaires, J. ROCHFELD, «Loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques», *R.T.D.civ.*, 2000, pp. 913 et s.; J.-L. BELLIN, «Le marteau pris dans la toile...», *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 126, juin 2000 et disponible sur www.juriscom.net (17 juin 2000).

⁶³ Article 3 de la loi du 10 juillet 2000; article L321-3 du Code de commerce.

⁶⁴ En jurisprudence, voy. T.G.I. Paris, 2 juillet 2008, www.legalis.net, *Comm. com. électr.*, 2008, n° 136, note A. DEBET (condamnation d'Encherexpert.com pour avoir organisé des enchères publiques en ligne sans l'agrément du CCV). Cette décision a été confirmée par Paris (9^e ch., B), 8 avril 2009, *CVV c. Encherexpert et autres*, www.legalis.net, *Comm. com. électr.*, 2009, n° 67 et note A. DEBET.

⁶⁵ En jurisprudence, voy. T.G.I. Paris (5^e ch.), 25 mai 2010, *CVV c. eBay Europe et autres*, www.legalis.net, *Comm. com. électr.*, 2010, n° 86, p. 36 et note A. DEBET. Ce jugement considère qu'eBay n'organise pas de ventes aux enchères au sens de la loi du 10 juillet 2000.

commerciale ? Pour répondre à ces questions, nous convoquerons, tour à tour, les figures juridiques qui nous apparaissent les plus pertinentes, à savoir : le mandat, la commission, l'agence commerciale et le courtage.

1. Le titulaire de la PM est-il un mandataire ou un commissionnaire ?

22. Aux termes de l'article 1984 du Code civil, le mandat est l'«acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom». L'on sait qu'en reconnaissant au mandataire le pouvoir de faire quelque chose *au nom* du mandant, le législateur l'investit en réalité d'un pouvoir de *représentation* en vue de l'accomplissement d'*actes juridiques*. Cette interprétation ne souffre plus la discussion aujourd'hui. Aussi le mandat peut-il être défini, plus précisément, comme le contrat par lequel une personne, le mandant, confie à une autre personne, le mandataire, le pouvoir de la représenter afin d'accomplir, en son nom et pour son compte, des actes juridiques⁶⁶.

23. La plupart des PM se contentent de mettre à disposition des internautes un support technique destiné à permettre aux utilisateurs inscrits de proposer à la vente, de vendre ou d'acheter des biens de toutes sortes. Généralement, il est précisé que la place de marché n'intervient en aucune façon dans les contrats conclus entre vendeurs et acheteurs. À titre d'illustration, les conditions d'utilisation d'eBay prévoient que «*nos sites ne sont qu'un lieu d'échange dont l'objet est de permettre à n'importe qui, n'importe où et n'importe quand, d'offrir, de vendre ou d'acheter pratiquement tout ce qu'il ou elle souhaite, dans une diversité de formats tarifaires et de lieux d'échange, tels que, entre autres, les boutiques, les mises en vente à prix fixe et celles de type enchères. Nous n'intervenons pas dans la transaction entre acheteurs et vendeurs (...)*».

D'ordinaire, les PM se limitent ainsi à offrir un espace de stockage des annonces d'offres de vente postées par des candidats vendeurs et à rendre ces dernières accessibles en ligne à des candidats acheteurs. Autrement dit, elles accomplissent, non un acte juridique, mais plutôt un acte purement matériel de mise à disposition d'une interface web. Dans ces conditions, il paraît difficile de leur reconnaître le statut de mandataire.

24. Il n'est toutefois pas exclu qu'un opérateur se pose en mandataire des utilisateurs de la place de marché. Tel est le cas de PriceMinister qui prévoit, dans le préambule de ses conditions générales, que «*L'acceptation des présentes conditions générales d'utilisation de la plateforme PriceMinister par les membres vaut mandat donné à PriceMinister pour mettre en relation vendeurs et acheteurs et opérer les transactions effectuées sur le site de PriceMinister selon les modalités ci-après*»⁶⁷.

⁶⁶ P. WÉRY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 62, n° 6; B. TILLEMANS, v° «Lastgeving», *A.P.R.*, 1997, pp. 64 et s.; *T.P.D.C.*, sous la direction de Ch. JASSOGNE, t. 2, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1992, pp. 604 et s., n°s 697 et s.

⁶⁷ Cfr www.priceminister.com.

Plus loin, il est précisé que «*PriceMinister s'engage à mettre à la disposition des membres sur la plateforme PriceMinister les offres des vendeurs. PriceMinister reçoit, à cette fin, mandat de la part du vendeur pour mettre à la disposition des acheteurs les offres fournies par le vendeur et pour ouvrir en son nom et pour son compte, un compte séquestre des sommes perçues au cours de la transaction. PriceMinister s'engage à assurer le traitement de toute réclamation faisant suite à la vente d'un produit sur la plateforme PriceMinister*» (article 3.1).

Concrètement, les vendeurs utilisant la plateforme donnent mandat à PriceMinister de percevoir les sommes payées par les acheteurs, en leur nom et pour leur compte. Si, dans un délai de trois jours ouvrables, la vente est confirmée par le vendeur, il doit expédier le bien tandis qu'est débité le compte de l'acheteur; ensuite, l'acheteur est invité à confirmer la réception du bien afin de permettre à PriceMinister de procéder au paiement, au bénéfice du vendeur, du prix de la transaction, déduction faite de la commission due. En tout état de cause, une confirmation tacite de l'acheteur est acquise à l'expiration d'un délai maximal de six semaines après la commande (article 4)⁶⁸.

25. En toute hypothèse, il est de l'essence du mandat d'être un acte juridique orienté vers la conclusion d'autres actes juridiques. Autrement dit, comme le confirme l'article 4.1 des conditions d'utilisation, la PM n'est jamais partie aux contrats conclus, entre vendeurs et acheteurs, par son intermédiaire. Par l'effet de la représentation, le mandataire, ici PriceMinister, a vocation à s'effacer, les droits et obligations des actes juridiques accomplis au nom et pour le compte du mandant se fixant directement sur la tête de ce dernier.

S'il est rare qu'une place de marché électronique se déclare mandataire, il est certainement exclu de lui reconnaître un rôle de commissionnaire.

26. Ce dernier s'entend d'un intermédiaire chargé de passer un ou plusieurs actes juridiques de nature commerciale, *en son propre nom* ou sous une raison sociale, sur ordre et *pour le compte d'un commettant*⁶⁹. Le contrat de commission est souvent présenté comme une variété de mandat. Il est vrai que les règles de ce dernier s'appliquent en principe aux relations entre le commettant et le commissionnaire. Néanmoins, à plusieurs égards, cette figure juridique se distingue du mandat. Tout d'abord, elle se caractérise par l'absence de

⁶⁸ Pour une description du processus de transaction sur PriceMinister, voy. aussi l'étude du Forum des Droits sur l'Internet (France), «Commerce entre particuliers sur l'internet. Quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation?», 8 novembre 2005, p. 16 (disponible à l'adresse www.foruminternet.org).

⁶⁹ Cfr article 12 du Code de commerce; *T.P.D.C.*, sous la direction de Ch. JASSOGNE, t. 2, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1992, pp. 634 et s., n°s 755 et s.; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 7, n° 4; P.A. FORIERS, «Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents», *Les intermédiaires commerciaux*, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1990, pp. 29 et s.; *R.P.D.B.*, t. II, v° «Commission», p. 96, n°s 1 et s.; J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 1083 et s., n°s 31128 et s.; A. BÉNA-BENT, *Droit civil – Les contrats spéciaux*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 479, n° 986.

représentation du commettant par le commissionnaire⁷⁰. Même si ce dernier se présente clairement comme agissant pour autrui, il opère en son nom propre et non pas au nom du commettant; il s'en suit qu'en principe, il n'a pas à divulguer l'identité de son commettant, pas plus que «les tenants et aboutissants de sa mission». Dès lors qu'il contracte *en son nom propre*, le commissionnaire se trouve être lui-même engagé envers le tiers. Pratiquement, cela signifie qu'il est tenu personnellement d'exécuter les obligations découlant de l'opération conclue, par exemple le paiement du prix (dans le cas d'un achat) ou la délivrance et la garantie contre les vices (pour une vente).

Or, ainsi qu'il a déjà été souligné, les PM prennent grand soin de préciser qu'elles jouent un simple rôle de mise en relation et n'interviennent pas dans les contrats directement conclus entre vendeurs et acheteurs. Par conséquent, elles excluent d'être tenues pour responsables des obligations découlant des conventions conclues par leur biais. Ainsi peut-on lire, par exemple, dans les conditions d'utilisation d'eBay, «*Nous n'intervenons pas dans la transaction entre acheteurs et vendeurs. En conséquence, nous n'exerçons aucun contrôle sur la qualité, la sûreté ou la licéité des objets répertoriés, la véracité ou l'exactitude dans le contenu ou les annonces des utilisateurs, la capacité des vendeurs à vendre lesdits objets ni la capacité des acheteurs à payer lesdits objets. Nous ne pouvons pas non plus assurer que le vendeur ou l'acheteur concluront la transaction (...)*».

2. Le titulaire de la PM est-il un agent commercial?

27. L'agent commercial, pour sa part, est un intermédiaire, personne physique ou morale, chargé *de façon permanente*, et moyennant rémunération, de négocier et éventuellement de conclure des affaires *au nom et pour le compte d'un commettant*, sans être soumis à l'autorité de ce dernier⁷¹.

Le contrat d'agence commerciale est régi par une loi – impérative – du 13 avril 1995 ayant transposé en droit belge la directive 86/653⁷². En principe, c'est seulement à titre de

⁷⁰ Certains auteurs parlent de «mandat non représentatif» (P.A. FORIERS, «Le droit commun des intermédiaires commerciaux : courtiers, commissionnaires, agents», *op. cit.*, p. 32; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 375, n° 370) ou encore de «représentation imparfaite» (voy., par ex., J. HUET, *Traité*, précité, p. 1083, n° 31127 et p. 1087, n° 31130). Cette dernière thèse semble avoir été condamnée, en Belgique, par les arrêts de la Cour de cassation des 25 octobre 1963 (*Pas.*, 1964, I, p. 204) et 22 octobre 1976 (*Pas.*, 1977, I, p. 229).

⁷¹ Cfr article 1^{er} de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, *M.B.*, 2 juin 1995; *T.P.D.C.*, sous la direction de Ch. JASSOGNE, t. 2, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1992, pp. 642 et s., n°s 767 et s.; C. DELFORGE et alii, *Le contrat d'agence commerciale : qualification et clauses particulières*, Bruges, Vanden Broele, 2008.

⁷² La question de la rémunération de l'agent est réglée minutieusement aux articles 9 à 17 de la loi du 13 avril 1995. Elle consiste soit en une somme fixe, en principe due mensuellement (article 17), soit en des commissions (articles 10 à 16), soit en partie en une somme fixe et en partie en des commissions.

négociateur que l'agent est investi du pouvoir de «représenter» son client; par exception, il peut recevoir également mandat de conclure au nom et pour le compte du commettant, en liant directement et définitivement ce dernier. Ainsi qu'il ressort de la définition du contrat d'agence commerciale, celui-ci se caractérise aussi et surtout par la permanence de la mission confiée à l'agent, ce qui renvoie à une double exigence de continuité dans le temps et de périodicité⁷³. L'article 3 de la loi exclut du bénéfice de celle-ci les agents qui n'exercent pas leurs activités de manière régulière.

28. Sans doute n'est-il pas besoin d'en dire davantage pour remarquer que la qualité d'agent commercial ne convient pas aux titulaires de PM. Généralement, leurs conditions d'utilisation excluent toute fonction de «représentation», fût-elle purement économique. Ils se bornent, a-t-on vu, à offrir un outil technique et organisationnel destiné à faciliter la conclusion de contrats entre utilisateurs candidats à la vente ou à l'achat, ces derniers étant entièrement maîtres du nombre, de la périodicité et du contenu des relations contractuelles qu'ils entendent nouer entre eux.

3. Le titulaire de la PM est-il un courtier?

29. Plus prometteuse est la référence au courtage pour qualifier l'activité des places de marché électroniques. Il se trouve une imposante doctrine en ce sens⁷⁴. Il est vrai qu'à l'appui de leur analyse, les auteurs français peuvent invoquer à bon droit un décisif argument de texte : en effet, l'article L 321-3, alinéa 2, du Code de commerce qualifie l'activité des sites dits de ventes aux enchères d'opération de «courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique»⁷⁵. Dans l'hexagone, plusieurs décisions de justice ont pareillement qualifié de courtier le titulaire de place de marché sur le web⁷⁶. Que faut-il en penser?

Le courtier est un intermédiaire indépendant qui se charge, à titre professionnel, de mettre en rapport des personnes en vue de leur permettre de conclure entre elles une opération juridique à laquelle il n'est pas lui-même partie⁷⁷. Son rôle consiste seulement à rappro-

⁷³ *Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, doc. 355-3, p. 98.

⁷⁴ Voy., parmi d'autres, F. MAS, «L'esquisse d'un régime spécifique du courtage aux enchères par voie électronique», *R.L.D.I.*, n° 12, 2006, pp. 59-75; Forum des Droits sur l'Internet (France), «Commerce entre particuliers sur l'internet. Quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation?», 8 novembre 2005, spéc. pp. 17 et s. (disponible à l'adresse www.foruminternet.org). Rapp. G.-C. MBOCK, «Les 'galeries marchandes virtuelles' : définition et nature juridique», *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 123, 2000, pp. 25-37, spéc. p. 30.

⁷⁵ Les articles L. 321-1 à L. 321-38 du Code de commerce ont été insérés par la loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, *J.O.*, 11 juillet 2000, p. 10474.

⁷⁶ Voy. les références citées aux notes 83 et 84.

⁷⁷ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., 1988, p. 117, n° 156; *T.P.D.C.*, sous la direction de Ch. JASSOGNE, t. 2, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1992, pp. 625 et s., n°s 742 et s.; J. STUYCK, «Distributiecontracten», in *Le droit des affaires en évolution – La modification unilatérale du contrat*,

cher les parties et à tenter de les amener à contracter, sans disposer du pouvoir de conclure lui-même. En principe, le courtier n'a pas de pouvoir de représentation : il ne prend aucun engagement au nom et pour le compte de ses clients, même s'il n'est pas rare, en pratique, qu'il reçoive un mandat. Sauf exceptions⁷⁸, le courtage ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique. Il est généralement considéré qu'il ressortit au régime juridique du louage d'ouvrage⁷⁹ et au droit commun des obligations conventionnelles.

La rémunération consiste souvent en un pourcentage du prix de l'opération juridique réalisée (vente, location...), ce qui suppose que le courtier ait mené à bien sa mission, c'est-à-dire qu'il soit parvenu à la conclusion d'un contrat principal répondant aux attentes du commettant⁸⁰. Rien n'empêche toutefois de convenir d'une autre forme de rémunération.

30. Sauf convention contraire, le courtier s'engage tout au plus à prospecter, avec diligence, en vue de trouver une contrepartie pour son client; il ne garantit pas la bonne exécution du contrat dont il a facilité la conclusion, pas plus que la solvabilité du cocontractant, ni, le cas échéant, la qualité des biens qui font l'objet de l'opération conclue. Toutefois, le courtier est plus qu'un simple intermédiaire vaguement chargé de rapprocher de futurs contractants, auquel cas on qualifierait volontiers comme tel le titulaire d'une place de marché électronique. En effet, comme tout professionnel, le courtier assume une obligation de conseil à l'égard de son client; il est, par ailleurs, tenu de procéder à un minimum de vérifications : il peut dès lors engager sa responsabilité, notamment s'il n'informe pas correctement chacune des parties sur l'opération projetée ou s'il n'a rien fait pour s'enquérir de l'identité et de la capacité de contracter des parties, voire de leur solvabilité, ou encore de leur aptitude, au moins apparente, d'exécution de leurs obligations. Or, il ressort des conditions d'utilisation de la plupart des places de marché électroniques qu'elles n'exercent aucun contrôle sur la qualité, la sûreté ou la licéité des objets proposés à la vente, ni sur l'exactitude des indications figurant dans les annonces, pas plus que sur la capacité des parties à vendre ou acheter les biens.

Certes, le contrat de courtage n'est soumis à aucune condition particulière de fond ou de forme, et les tribunaux disposent d'une large marge d'appréciation pour déterminer l'intention des parties. Dès lors, rien n'empêche *a priori* de déroger conventionnellement au régime juridique du courtage de droit commun. Néanmoins, se demandera-t-on, subsiste-t-il un intérêt à se rattacher à cette figure juridique dès lors que son régime tradition-

Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 2003, pp. 216-217; *R.P.D.B.*, t. III, n° «Courtier», p. 349, n° 4; J. HUET, *Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 1089 et s., n°s 31133 et s.; J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, Thémis, Paris, P.U.F., 1996, pp. 152 et s.

⁷⁸ Certaines activités de courtage sont strictement réglementées. Ainsi en est-il du courtage immobilier, du courtage matrimonial, de l'intermédiation en matière d'assurances ou d'offres de voyage, etc.

⁷⁹ Articles 1789-1799 du Code civil.

⁸⁰ Sous réserve de l'hypothèse où le commettant refuserait systématiquement les offres qui lui seraient soumises bien qu'elles répondent à ses attentes. *Cfr* J. HUET, *op. cit.*, p. 1091.

nel, tel qu'il se déduit couramment de la jurisprudence et de la doctrine, se trouve ainsi vidé de sa substance ?

31. Encore pourra-t-on arguer que les places de marché électroniques s'acquittent, à leur manière, des obligations communément mises à charge du courtier. Ainsi, elles ne manquent pas de fournir aux utilisateurs divers renseignements sur leurs services et de leur dispenser de sages conseils et mises en garde, fussent-ils standardisés et dépersonnalisés. Ainsi encore, pour pallier l'absence de contrôle de l'identité et de la fiabilité des parties, certaines places de marché prévoient un dispositif d'évaluation de la fiabilité apparente des utilisateurs enregistrés⁸¹. Il consiste à permettre aux vendeurs et acheteurs de noter leur interlocuteur à l'issue d'une session d'enchères, en leur attribuant des points à hauteur de leur degré de satisfaction.

On observera cependant que les informations, conseils et mises en garde prodigués ne concernent jamais l'objet ou les conditions juridiques d'un contrat déterminé. Quant au système de notation, aussi ingénieux soit-il, il n'apparaît pas infaillible puisqu'à défaut de contrôle de la teneur des opinions exprimées, les fraudes ne sont pas totalement exclues (risque d'autoévaluation, évaluations complaisantes ou calomnieuses...) ⁸².

En définitive, dans les cas où le titulaire de la PM assume l'essentiel des obligations traditionnelles du courtier, on lui reconnaîtra volontiers ce statut. Néanmoins, on hésite à retenir cette qualification à la lecture des conditions d'utilisation de la plupart des PM : elle apparaît, en effet, bien fruste tant celles-ci s'échinent à écarter les devoirs qui font la substance de la mission du courtier.

Les multiples contradictions de la jurisprudence reflètent cette hésitation.

32. En France, plusieurs décisions de justice considèrent que l'activité de PM ressortit au courtage⁸³, sans en tirer nécessairement les conséquences qui auraient dû s'impo-

⁸¹ eBay a joué un rôle pionnier en la matière, avant que d'autres sites lui emboîtent le pas.

⁸² F. MAS, *op. cit.*, p. 68. À ce sujet, A. NIKITOV et D. STONE observent que les utilisateurs éprouvent une réticence certaine à formuler une évaluation négative par crainte d'être, à leur tour, évalués négativement (*Online auction deception : a forensic case study of an opportunistic seller* (2006), http://www.bus.brocku.ca/faculty/documents/Online_Auction_Deception.pdf). Pour une illustration, Comm. Paris (réf.), 23 mai 2007, *DWC c. eBay*, www.legalis.net, infirmé par Paris (14^e ch., B), 9 novembre 2007, *eBay Europe c. DWC*, www.legalis.net. Cfr aussi Cass. fr., 5 mai 2009, qui rejette le pourvoi formé contre cet arrêt, www.legalis.net. En l'espèce, eBay reprochait au défendeur d'avoir ouvert des comptes professionnels en employant des moyens douteux, pour rendre son identification difficile et contrecarrer les évaluations négatives formulées sur lui; en conséquence, eBay avait suspendu un compte comme l'y autorise l'article 9 des conditions d'utilisation.

⁸³ Voy., par ex., Comm. Paris (1^{re} ch., B), 30 juin 2008, *Louis Vuitton Malletier c. eBay*, www.legalis.net; Comm. Paris (1^{re} ch., B), 30 juin 2008, *Christian Dior Couture c. eBay*, www.legalis.net; Comm. Paris (1^{re} ch., B), 30 juin 2008, *Parfums Christian Dior, Kenzo, Givenchy et Guerlain c. eBay*, www.legalis.net; confirmées par Paris (Pôle 5, 2^e ch.), 3 septembre 2010, trois décisions sur lesquelles on revient *infra*, n° 64; T.G.I. Paris (5^e ch.), 25 mai 2010, *CVV c. eBay Europe et autres*, précité.

ser⁸⁴. De plus, on ressent un certain malaise. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Paris conclut à «une forme de courtage qui se distingue des autres formes de courtage traditionnelles par une absence d'intervention du tiers lors de la conclusion de la vente»⁸⁵. Et de poursuivre qu'«en l'espèce, la prestation de courtage fournie par les appelantes supposait qu'elles vérifient que les marchandises dont elles assuraient la promotion de la vente, étaient ou non hors commerce en raison de leur caractère contrefaisant». Cette appréciation fait fi des conditions d'utilisation du site, et apparaît peu réaliste et en décalage par rapport à la réalité.

D'autres décisions préfèrent reconnaître aux PM le statut d'hébergeur, dont le rôle se limite à stocker et diffuser des annonces d'offres de vente⁸⁶. Ainsi formulée, cette qualification est insuffisamment nuancée et procède, à notre avis, d'un malentendu. On y reviendra (*infra*, nos 58 et s.).

33. Le tribunal de commerce de Bruxelles s'exprime de façon plus nuancée dans un jugement du 2 juin 2009 concernant eBay⁸⁷. Les faits peuvent se résumer comme suit. Séduit par une annonce relative à une Porsche Turbo publiée sur eBay, le demandeur contacte le vendeur (américain) et, comme convenu, procède au paiement via «Triple Deal», un tiers de confiance. Hélas, le véhicule ne sera jamais livré et les fonds, encaissés par un escroc non identifiable, ne seront jamais récupérés. Il n'est pas contesté que le véhicule a été offert en vente dans le cadre du service «Annonce classique» d'eBay et que la société n'est jamais partie aux conventions.

Le demandeur fait valoir qu'un contrat de service – de courtage en ligne – s'était noué entre les parties et reproche à eBay plusieurs manquements contractuels et professionnels, parmi lesquels une méconnaissance de son devoir d'information et de conseil. Argument est tiré de la circonstance qu'eBay ne permet pas seulement aux vendeurs et acheteurs potentiels de se rencontrer par l'intermédiaire de sa plateforme, mais offre également à ces derniers, moyennant paiement, tous les outils nécessaires à la promotion d'objets divers et à la négociation de contrats relatifs à ceux-ci. Il en conclut qu'eBay n'exerce pas uniquement un rôle d'hébergeur, consistant à stocker les informations mises en ligne par les utilisateurs de son site. Pour sa part, eBay soutient, au contraire, que son service «Annonce classique» relève du simple hébergement au sens de l'article 20, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

⁸⁴ T.G.I. Troyes (ch. civ.), 4 juin 2008, *Hermès International c. eBay et autres*, www.legalis.net : décision ambiguë dans laquelle eBay est qualifiée à la fois d'hébergeur et d'«éditeur de services de communication en ligne à objet courtage» (?).

⁸⁵ Paris (Pôle 5, 2^e ch.), 3 septembre 2010, *eBay Inc et eBay International c. Christian Dior Couture*.

⁸⁶ Voy., par ex., Paris, 9 novembre 2007, *eBay Europe c. DWC*, précité; T.G.I. Paris (5^e ch.), 14 janvier 2010, *Patrick M. c. eBay France et autres*, www.legalis.net.

⁸⁷ Comm. Bruxelles (15^e ch.), 2 juin 2009, R.G. n° A/08/02054, inédit.

Cette dernière thèse est retenue par le tribunal, en ces termes : eBay «n'effectue aucune tâche de prospection active d'une contrepartie pour les utilisateurs de sa plate-forme, à tout le moins dans le cadre du service 'Annonce classique' visé par le présent litige⁸⁸. Le rôle d'eBay se limite en effet au stockage d'annonces et à la fourniture d'un moyen de rencontre entre les utilisateurs de son site, sans que cette prestation s'accompagne de la recherche d'un éventuel contractant, pourtant caractéristique du contrat de courtage». Par ailleurs, ajoute le tribunal, «au contraire de ce qui se passe dans le cadre du contrat de courtage, il n'y a aucune corrélation entre la rémunération perçue par eBay et la conclusion des transactions conclues par l'entremise de sa plate-forme».

C. Service de la société de l'information ?

34. Il ne fait pas de doute que le titulaire/gestionnaire d'une place de marché électronique fournit un «service de la société de l'information» au sens de l'article 2, a), de la directive sur le commerce électronique qui, lui-même, renvoie à l'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/34/CE⁸⁹.

Le «service de la société de l'information» y est défini comme «tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services»⁹⁰.

Suivant la même disposition, les termes de cette définition s'entendent comme suit :

- «à distance» : un service fourni sans que les parties soient simultanément présentes ;
- «par voie électronique» : un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ;
- «à la demande individuelle d'un destinataire de services» : un service fourni par transmission de données sur demande individuelle.

L'expression «normalement contre rémunération», quant à elle, est issue de la définition de la notion de service figurant à l'article 50 du Traité CE, sur laquelle s'appuie celle de «service de la société de l'information». Elle signifie que les modalités de financement du

⁸⁸ Il faut reconnaître que cette réserve laisse ouverte la question de savoir si l'appréciation aurait été différente en cas de litige relatif à une vente aux enchères.

⁸⁹ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (*J.O.C.E.*, L 204 du 21 juillet 1998, p. 37), telle que modifiée par la directive 98/48/CE (*J.O.C.E.*, L 217 du 5 août 1998, p. 18).

⁹⁰ Cette définition a été reprise en droit belge à l'article 2, 1°, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963 (ci-après, *L.S.S.I.*).

service important peu, pourvu que l'on ait affaire à une activité à «caractère économique» ou bénéficiant d'une «contrepartie économique»⁹¹. Tel est le cas non seulement des services rémunérés par ceux qui en bénéficient, mais aussi des services gratuits pour le destinataire, dont le financement est assuré par d'autres moyens telle la publicité.

35. Dans le cas qui nous occupe, le service consiste à offrir aux internautes une plate-forme, accessible en ligne, qui leur permet de proposer à la vente, de vendre ou d'acheter des objets de toutes sortes, où qu'ils se trouvent, à tout moment et, le cas échéant, suivant une diversité de modalités (ventes à prix fixe ou aux enchères). À cet effet, la PM fournit généralement, tant en amont qu'en aval, une vaste gamme de prestations, telles que le stockage des annonces d'offres de vente postées par les candidats vendeurs, une aide à la rédaction des annonces, des conseils de vente et d'achat, la classification des annonces, un dispositif d'enchères, un système d'évaluation des vendeurs, l'offre de moyens de paiement sécurisés, etc.

Il ressort de cette description que le service proposé s'analyse effectivement en un service de la société de l'information⁹². En effet, le service est clairement fourni sans que le titulaire de la PM et les utilisateurs de celle-ci ne soient simultanément présents, par voie électronique.

Par ailleurs, la prestation s'effectue par transmission de données sur demande individuelle : les candidats vendeurs prennent l'initiative de poster une annonce relative à une offre de vente et c'est tout aussi volontairement que les candidats acheteurs se connectent à la PM et, le cas échéant, décident de conclure un contrat.

Enfin, les PM se rémunèrent d'ordinaire à la fois par une commission sur le prix de vente des objets, qui s'ajoute à la perception des frais d'insertion du texte de l'offre de vente, et par le biais d'annonces publicitaires apparaissant généralement sous forme de bannières. Dans ces conditions, elles assurent sans conteste un service «normalement fourni contre rémunération», même si nombre d'entre elles ne perçoivent pas une rémunération de la part de toutes les parties⁹³.

Par conséquent, le titulaire de la PM a la qualité de «prestataire» au sens de l'article 2, b), de la directive sur le commerce électronique (L.S.S.I., art. 2, 3°)⁹⁴.

⁹¹ Cfr C.J.C.E., arrêt du 27 septembre 1988, aff. *Humbel*, 263, point 17; arrêt du 7 décembre 1993, aff. *Wirth*, 109/92, point 15. Voy. aussi le considérant n° 18 de la directive sur le commerce électronique.

⁹² Dans le même sens, C. RIEFA, «'To Be or Not to Be an Auctioneer?' Some Thoughts on the Legal Nature of Online 'eBay' Auctions and the Protection of Consumers», *Journal of Consumer Policy* (2008) 31, 167-194, spéc. pp. 183 et s.; Id., «La protection des consommateurs sur les plates-formes de courtage en ligne : point de vue d'outre-manche», *R.E.D.C.*, 4/2005, pp. 301-346, spéc. pp. 313 et s.

⁹³ Souvent, l'acheteur paie seulement le vendeur, sans rien devoir au site. Seul le vendeur paie une commission au site.

⁹⁴ Le «prestataire» est défini pareillement dans ces deux textes comme «toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information».

36. À ce titre, il est visé par une série de dispositions de la directive 2000/31 et, en droit belge, de la L.S.S.I.

Dès lors qu'il est établi sur le territoire d'un État membre⁹⁵, il est tenu de respecter les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné⁹⁶. Il doit rendre possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, à une diversité d'informations : son nom, son adresse géographique d'établissement, ses coordonnées, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui, etc.⁹⁷.

Étant donné qu'un contrat se noue entre la PM et ses utilisateurs, il y a lieu de tenir compte des articles 10, §§2 et 3, de la directive⁹⁸ relatifs, respectivement, à l'indication des éventuels codes de conduite auxquels elle est soumise et à la manière de fournir les clauses contractuelles et conditions générales. Par contre, dans la mesure où la PM n'est pas partie aux contrats de vente conclus par son biais (*infra*, n°s 52 à 56), il est permis de penser qu'elle n'est pas concernée par les obligations d'information prévues aux articles 10, § 1^{er}, et 11 de la directive⁹⁹.

Remarquons, enfin, qu'en cas de fourniture d'un service visé par les articles 12 à 14 de la directive¹⁰⁰, la PM bénéficie des exonérations de responsabilité prévues au titre et aux conditions de ces dispositions (*infra*, n°s 57 et s.).

III. Contentieux et régimes juridiques applicables

37. Le contentieux relatif aux PM présente de multiples aspects et leur règlement ressortit à une diversité de régimes juridiques applicables. Afin de sérier les questions, nous envisageons, tour à tour, les litiges concernant les relations entre vendeurs et acheteurs (A), entre PM et tiers, non-utilisateurs, généralement des titulaires de droits de marque se plaignant que des objets ont été proposés à la vente et vendus en violation de leurs droits (B) et, enfin, entre PM et utilisateurs, qu'ils soient auteurs d'offres, vendeurs ou acheteurs (C).

⁹⁵ Le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée. La localisation de l'installation technologique servant de support pour fournir le service n'est pas pertinente pour la détermination du lieu d'établissement. *Cfr* l'article 2, c), et, pour d'autres précisions, le considérant n° 19 de la directive 2000/31.

⁹⁶ Article 3 de la directive 2000/31; article 5 de la L.S.S.I.

⁹⁷ Article 5 de la directive; article 7, § 1^{er}, de la L.S.S.I.

⁹⁸ Article 7, § 1^{er}, 8° et article 8, § 2, de la L.S.S.I.

⁹⁹ Articles 8, § 1^{er}, 9 et 10 de la L.S.S.I.

¹⁰⁰ Articles 18 à 20 de la L.S.S.I.

A. Litiges entre vendeurs et acheteurs

38. Comme on l'a vu, toutes les PM ne fonctionnent pas selon les mêmes modalités juridiques. Cependant, elles coïncident généralement pour considérer qu'elles ne sont pas partie aux contrats conclus par leur intermédiaire entre vendeurs et acheteurs. Dès lors, sous réserve des considérations émises plus loin (*infra*, point B), leur responsabilité ne peut être recherchée, et aucune autre sanction ne peut les frapper, en cas de différend surgissant, entre un vendeur et un acheteur, sur le terrain de la formation ou de l'exécution du contrat conclu entre eux.

Le régime juridique du contrat varie suivant la qualité des parties. Quatre cas de figure peuvent se présenter : la vente peut être conclue entre « professionnels »¹⁰¹ (par commodité, le contrat est dit en ce cas *Business to Business*, en abrégé B2B), entre une entreprise et un « consommateur »¹⁰² (*Business to Consumer*, ou B2C), entre particuliers (*Consumer to Consumer*, ou C2C) ou encore d'un particulier à un professionnel (*Consumer to Business*, ou C2B).

39. Il est à noter, au passage, que si certains contrats sont couramment qualifiés de C2C, voire C2B, c'est par simple commodité. En effet, cette qualification apparaît fruste. Le droit de la consommation a toujours été conçu comme un instrument de protection du consommateur *face à un professionnel*, et le statut de consommateur réservé à celui qui *utilise ou acquiert*, à des fins excluant tout caractère professionnel, des biens ou services¹⁰³. Or, grâce à l'internet – et, singulièrement, à l'essor des PM –, des particuliers ont désormais la possibilité de vendre toutes sortes d'objets dont ils veulent se défaire. Le particulier devient ainsi un véritable acteur du développement du commerce électronique¹⁰⁴. Force est d'admettre que cette situation, dans laquelle le consommateur est en position de vendeur, n'a jamais été envisagée par le droit. Le droit des contrats à distance l'imaginait plutôt en position de faiblesse – mal informé, sans contact direct avec le produit... – face à un professionnel averti, économiquement fort et en mesure de dicter les conditions du contrat. Les relations contractuelles entre particuliers, c'est-à-dire entre acteurs économiquement faibles et souvent mal informés sur leurs droits et obligations, et, dans une certaine mesure, les relations C2B, bousculent le modèle imaginé. Les objectifs du droit de la consommation se diversifient aujourd'hui, notamment sous l'effet du droit matériel européen, dès lors qu'à l'objectif de protection, est ajouté un autre but : faire du

¹⁰¹ À ce stade, le terme « professionnel » est approximatif. Des précisions et nuances suivent (*infra*, points 2 à 4).

¹⁰² La signification de cette notion peut varier d'un texte à l'autre (*infra*, points 2 à 4).

¹⁰³ Dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (L.P.M.C., M.B., 12 avril 2010, p. 20803), le consommateur est défini comme « toute personne physique qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits mis sur le marché » (article 2, 3°).

¹⁰⁴ Cfr Forum (français) des Droits sur l'Internet, « Commerce entre particuliers sur l'internet : quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation? », p. 5, disponible en format pdf sur le site du Forum (www.foruminternet.org).

consommateur un véritable acteur du marché, utilisant les libertés prévues par le traité, et du droit de la consommation un dispositif applicable, sans considération du déséquilibre qui est présupposé, aux rapports objectivés entre professionnels et consommateurs¹⁰⁵.

40. Cela étant, il faut repousser l'idée qu'à chacun des cas de figure évoqués correspond un régime juridique. Les choses sont nettement plus complexes. En réalité, à la faveur des interventions successives du législateur, diverses couches de règles peuvent se superposer – comme par addition de greffons¹⁰⁶.

En toute hypothèse, un contrat est un contrat. À ce titre, les contrats conclus sur une PM sont largement soumis au droit commun des obligations et des contrats (1).

S'agissant en l'occurrence d'une vente, le contrat sera en outre soumis, en fonction de la qualité des parties, soit seulement au régime supplétif de la vente¹⁰⁷, soit aussi aux dispositions de la loi du 1^{er} septembre 2004¹⁰⁸, qui a inséré dans le Code civil, à la suite des articles 1641 à 1649 relatifs à la garantie des vices cachés, une nouvelle section consacrée aux «dispositions relatives aux ventes à des consommateurs» (2).

En cas de vente conclue entre un «professionnel» et un «consommateur», termes qui auront à être précisés, plusieurs dispositions de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (ci-après L.P.M.C.) trouvent également à s'appliquer (3)¹⁰⁹.

Enfin, dès lors que le contrat est conclu par voie électronique, il peut aussi être régi, selon les cas, par diverses dispositions de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après, L.S.S.I.) (4)¹¹⁰.

Comme on le voit, un même contrat peut être soumis à un faisceau de règles, le cas échéant cumulatives, éparses dans de nombreux textes. Il n'est naturellement pas question d'entrer ici dans le détail de toutes ces règles. Les développements qui suivent entendent mettre l'accent sur la diversité et l'articulation des régimes juridiques applicables en fonction du type de vente nouée via une PM.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 5, note 2.

¹⁰⁶ L'image de la greffe est empruntée à L. SIMONT, «Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats», in *La renaissance du phénomène contractuel*, C.D.V.A., 1971, pp. 487 et s., spéc. p. 494.

¹⁰⁷ Articles 1582 et s. du Code civil.

¹⁰⁸ Loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation (*M.B.*, 21 septembre 2004, pp. 68384 et s.), qui transpose la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (*J.O.C.E.*, n° L171 du 7 juillet 1999, pp. 12-16).

¹⁰⁹ Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010, pp. 20803 et s.

¹¹⁰ Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963.

1. L'application du droit commun des obligations et des contrats

41. En cas de différends relatifs à la formation du contrat, les parties au contrat de vente peuvent mobiliser divers recours prévus dans le droit commun des obligations. Il peut être question d'un vice de consentement, d'une supposée lésion, d'un défaut de capacité d'une partie...

Ainsi, la partie concernée peut réclamer en justice la nullité, voire la rescision de la vente¹¹¹ et, le cas échéant, des dommages et intérêts complémentaires. Ainsi encore, dans la mesure où elle ne souhaite pas l'anéantissement du contrat, elle peut se contenter d'assigner son cocontractant en responsabilité aquilienne du chef de violation de son obligation précontractuelle d'information.

En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat (absence ou retard de livraison, non-conformité du bien vendu...), l'acheteur peut également faire appel à l'une des multiples sanctions du droit commun des obligations : *exceptio non adimpleti contractus*, résolution judiciaire, etc. Cela étant, la plupart des litiges liés à l'exécution du contrat ressortissent au droit de la vente (*infra*, point 2).

C'est également vers le droit commun qu'il y a lieu de se tourner pour apprécier la force obligatoire des conditions générales contractuelles *on line*¹¹². Nous n'en dirons pas davantage sur cette question largement développée ailleurs¹¹³, sauf à souligner que les utilisateurs de PM ont à entrer dans une double relation contractuelle : d'une part, ils sont tenus de souscrire aux conditions générales d'utilisation du site ; d'autre part, ils doivent aussi se plier aux conditions de vente imposées par le vendeur de l'article qu'ils souhaitent acquérir, à prix fixe ou aux enchères. Les clauses limitatives de responsabilité sont, du reste, fréquentes et plutôt larges, même s'il faut reconnaître que cette pratique n'est pas l'apanage des PM¹¹⁴.

¹¹¹ Articles 1305 et s. (rescision en faveur du mineur). Les majeurs, eux, ne sont restitués pour cause de lésion que dans certains cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le Code civil (article 1313), notamment au titre consacré à la vente (articles 1674 et s.).

¹¹² L'on sait qu'en droit commun, la force obligatoire des conditions générales est subordonnée à une double condition : d'une part, la partie à laquelle elles sont opposées doit avoir eu la possibilité d'en prendre connaissance préalablement à la conclusion du contrat, d'autre part, son acceptation, si elle peut être tacite, doit être certaine.

¹¹³ À ce propos, voy. Q. VAN ENIS, «L'opposabilité des conditions générales *off-line* et *on-line* : de la suite dans les idées?», in *Les conditions générales – Questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 9-35 ; E. MONTERO, «À propos d'un contrat de voyage formé par hybridation (web + télécopie)», note sous Civ. Liège (7^e ch.), 1^{er} octobre 2008, D.A. O.R., 2009/91, pp. 332-337 ; du même auteur, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 220 et s., n° 168.

¹¹⁴ Pour un relevé de clauses limitatives de responsabilité rencontrées dans des conditions d'utilisation de PM, voy. M. VANDERCAMMEN, «La vente aux enchères sur Internet. Le point de vue du consommateur», in *Les pratiques du commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 30, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 121-124.

2. L'application du régime de la vente

42. Le droit commun de la vente du Code civil (art. 1582 et s.) s'applique à toutes les ventes, qu'elles soient civiles (C2C) ou commerciales¹¹⁵ (B2B)¹¹⁶, ou encore mixtes (B2C ou C2B¹¹⁷). Ainsi, l'acheteur peut mobiliser la garantie d'éviction (art. 1626 et s.) ou la garantie légale contre les vices cachés (art. 1641 et s.). L'on sait que l'exercice de l'action en garantie des vices cachés suppose la réunion de plusieurs conditions de fond : le défaut doit affecter l'usage de la chose, présenter une certaine gravité, être caché et inconnu de l'acheteur et exister antérieurement à la vente. Encore faut-il que l'action soit intentée dans un « bref délai »¹¹⁸. Il appartient à l'acheteur d'établir que toutes les conditions sont remplies, auquel cas il peut choisir soit de « rendre la chose et de se faire restituer le prix » (*action rédhibitoire*), soit de « garder la chose et de se faire rendre une partie du prix telle qu'elle sera arbitrée par experts » (*action estimatoire*)¹¹⁹. À ce stade, il importe peu que le comportement du vendeur ait été diligent ou pas ; il est également indifférent qu'il ait été de bonne ou mauvaise foi, qu'il ait connu ou ignoré le vice ou même que ce dernier fût impossible à déceler. Les effets de la garantie sont, il est vrai, d'un intérêt pratique limité. L'acheteur peut cependant aspirer à plus : s'il établit que le vendeur connaissait les vices de la chose, il pourra obtenir, outre la restitution du prix, des dommages et intérêts complémentaires destinés à couvrir tous les dommages provoqués par le vice de la chose¹²⁰. Signalons encore qu'une garantie conventionnelle peut être prévue en complément de la garantie légale¹²¹. On rappelle, par ailleurs, que la jurisprudence fait peser sur les vendeurs professionnels une obligation de connaissance des vices cachés : assimilé d'office au vendeur qui connaissait les vices de la chose, le fabricant ou vendeur professionnel est ainsi tenu de réparer intégralement les conséquences dommageables de celui-ci, sans pouvoir invoquer à son profit une clause limitative ou exonératoire de responsabilité. Toutefois, s'il parvient à prouver que le vice était indécélable ou que son ignorance était invincible, il échappe à l'aggravation de sa responsabilité et se

¹¹⁵ Les ventes dites commerciales sont celles que « les entreprises commerciales concluent au cours de l'exercice normal de leur activité » (J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1981, n° 648). Les règles du Code civil leur sont largement applicables, même si les usages commerciaux peuvent en infléchir la portée. En ce sens, P.A. FORIERS, « Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence (1970-1984) », *R.D.C.*, 1987, p. 3.

¹¹⁶ Les ventes commerciales internationales sont toutefois soumises à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, adoptée à Vienne le 11 avril 1980.

¹¹⁷ Cf. S. STIJNS et I. SAMOY, « Le nouveau droit de la vente : la transposition en droit belge de la directive européenne sur la vente des biens de consommation », *R.G.D.C.*, 2003, pp. 2-32, spéc. p. 7, n° 17.

¹¹⁸ Article 1648 du Code civil.

¹¹⁹ Article 1644 du Code civil.

¹²⁰ Article 1645 du Code civil.

¹²¹ Cf. l'article 1643 du Code civil.

trouve autorisé à se prévaloir d'une éventuelle clause d'exonération, totale ou partielle, de responsabilité.

43. Dans les ventes B2C, le contentieux lié à des défauts apparents ou cachés ressortit au régime particulier des articles 1649*bis* à 1649*octies* du Code civil. Sont plus précisément visées par ces dispositions les ventes conclues entre un «vendeur», c'est-à-dire «toute personne physique ou morale qui vend des biens de consommation dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale»¹²² et un «consommateur» défini comme «toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale». La loi du 1^{er} septembre 2004 a ajouté à l'article 1604 du Code civil un nouvel alinéa précisant que «le vendeur est tenu de délivrer à l'acheteur une chose conforme au contrat». Cette notion revêt une signification différente selon que la vente est visée ou non par les articles 1649*bis* et suivants du Code civil : dans le cadre de la vente aux consommateurs, l'obligation de conformité désigne l'obligation unique de délivrer une chose conforme au contrat, entendant par là une chose qui correspond non seulement à ce que les parties ont voulu mais aussi aux critères légaux de conformité énoncés à l'article 1649*ter*, § 1^{er}, du Code civil, tandis que dans le cadre des autres ventes, il s'agit de l'obligation de délivrer une chose conforme distincte de l'obligation de délivrer une chose non défectueuse¹²³. Autrement dit, pour les ventes conclues entre un vendeur professionnel et un consommateur, l'obligation de délivrer une chose conforme et l'obligation de garantir contre les vices cachés ont été fusionnées et sont sanctionnées par une action unique.

44. Le régime des ventes aux consommateurs présente plusieurs originalités par rapport au droit commun de la vente. Bornons-nous à en relever deux. Le délai de garantie en est une. C'est l'article 1649*quater*, § 1^{er}, du Code civil qui détermine «la période pendant laquelle l'apparition d'un défaut de conformité donne lieu à la naissance des droits dans le chef du consommateur et, dès lors, à la responsabilité du vendeur». Il ressort de cette disposition que le défaut de conformité dont répond le vendeur est celui qui existe lors de la délivrance du bien et apparaît dans un délai de deux ans à compter de celle-ci. Une autre nouveauté réside dans la variété des remèdes offerts au consommateur en cas de défaut de conformité. Aux termes de l'article 1649*quinquies*, l'acheteur a le droit d'exiger, outre des dommages et intérêts, non seulement une réduction du prix ou la résolution du contrat, mais aussi la réparation du bien ou son remplacement. Cet éventail de solutions est plus large que celles prévues par l'article 1644 du Code civil qui laisse seulement à la discrétion de l'acheteur l'option entre l'action rédhibitoire ou estimatoire.

¹²² Article 1649*bis*, § 2, 2^o, du Code civil.

¹²³ S. STIJNS et I. SAMOY, *op. cit.*, R.G.D.C., 2003, p. 14, n° 44; M. VANWIJCK-ALEXANDRE et M. GUSTIN, in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 7, n° 3.

L'article 1649^{quinquies} ne supprime pas l'option entre la résolution, en principe judiciaire, de la vente et la réduction du prix, mais ces possibilités sont subsidiaires : elles peuvent être exigées uniquement si l'acheteur n'a droit ni à la réparation ni au remplacement du bien et si le vendeur n'a pas effectué la réparation ou le remplacement dans un délai raisonnable ou sans inconvénient majeur pour le consommateur.

3. L'application de la L.P.M.C.

45. Guidé, de longue date, par le souci d'améliorer le sort du consommateur, estimé en position de «faiblesse» à l'égard des vendeurs professionnels, le législateur a complété le droit commun par des dispositions spécifiques de nature à renforcer sa protection. Notons que le terme «vendeur», qui était essentiel pour l'application de la loi du 14 juillet 1991¹²⁴, a été abandonné au profit du terme «entreprise» dans la nouvelle loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (L.P.M.C.).

Aussi les ventes B2C sont-elles régies non seulement par des règles de droit commun (*supra*, point 1) et des règles propres au droit de la vente (*supra*, point 2), mais aussi par un grand nombre de dispositions horizontales figurant dans la L.P.M.C. Dans ce cadre, sont visées plus précisément les ventes passées entre une «entreprise», entendant par là «toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations»¹²⁵ et un «consommateur» défini comme «toute personne physique qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits mis sur le marché»¹²⁶.

46. Les dispositions de la L.P.M.C. applicables aux ventes B2C ainsi comprises concernent de nombreuses questions : l'information due au consommateur, l'indication des prix ; la dénomination, la composition et l'étiquetage des biens et services ; l'indication des quantités ; diverses pratiques commerciales (les ventes en liquidation, les ventes en solde, les offres conjointes...) ; les clauses abusives ; etc.

Parmi les objectifs du législateur figurent non seulement la préoccupation de protéger le consommateur en tant que partie faible au contrat conclu avec un vendeur professionnel (désormais une «entreprise»), mais aussi celle d'obvier aux inconvénients inhérents à la conclusion de contrats entre parties géographiquement éloignées. La L.P.M.C. contient ainsi une série de dispositions spécifiques applicables aux contrats conclus à distance. Il va de soi que ces dispositions intéressent particulièrement notre propos et méritent dès lors un plus ample commentaire.

¹²⁴Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991.

¹²⁵Article 2, 1°, de la L.P.M.C.

¹²⁶Article 2, 3°, de la L.P.M.C.

47. Les dispositions de la L.P.M.C. relatives aux contrats à distance s'appliquent à «tout contrat concernant des biens ou services conclu entre une entreprise et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de biens ou de services à distance organisé par l'entreprise, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même»¹²⁷. Quant à la notion de *technique de communication à distance*, elle désigne «tout moyen qui, sans présence physique et simultanée de l'entreprise et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties»¹²⁸.

Les inconvénients inhérents à la distance séparant les parties à un contrat sont liés à l'absence de rapport direct entre cocontractants et de contact tangible avec le bien convoité – d'où le risque de malentendus ou de déconvenues, voire d'escroqueries –, au risque de perte ou détérioration du produit au cours du transport... Pour pallier ces inconvénients, le législateur vole au secours du *consommateur*, en prévoyant, notamment, une obligation renforcée d'information – pré- et post-contractuelle¹²⁹ – à charge de l'entreprise, en instituant à son profit un délai d'au moins 14 jours calendrier pour se rétracter du contrat¹³⁰, et en fixant certains principes concernant l'exécution du contrat¹³¹ et la charge de la preuve¹³².

48. En cas de vente à prix fixe conclue entre une entreprise et un consommateur sur une PM, ce dernier bénéficie sans conteste d'un droit de rétractation, sauf dans les cas où ce droit n'est pas de mise¹³³. En revanche, l'existence d'un droit de rétractation paraît incompatible avec la notion de vente publique qui implique, par essence, que l'enchérisseur soit lié par son offre. Si la vente aux enchères sur une PM devait s'analyser en une vente publique (ce qui semble être le cas en théorie, mais ne l'est pas en pratique, *supra*, nos 8 et s.), il serait dès lors cohérent de prévoir que le droit de rétractation ne trouve pas à s'appliquer dans ce type de vente. À ce propos, l'on notera, d'une part, que la directive 97/7 sur les contrats à distance¹³⁴, qui institue le droit de rétractation, n'entend pas régir les ventes aux enchères, mais cette exclusion n'a pas été reprise en droit

¹²⁷ Article 2, 21°, de la L.P.M.C.

¹²⁸ Article 2, 22°, de la L.P.M.C.

¹²⁹ Articles 45 de la L.P.M.C. (informations dues lors de l'offre) et 46 (obligation de confirmer les informations préalables par écrit ou sur un autre support durable).

¹³⁰ Article 47 de la L.P.M.C.

¹³¹ Article 48 de la L.P.M.C.

¹³² Article 56 de la L.P.M.C.

¹³³ Article 47, §4, de la L.P.M.C. Sur les exceptions au droit de rétractation, voy. M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, Waterloo, Kluwer, 2010, pp. 61-80, nos 84 à 108.

¹³⁴ Article 3, 1, dernier tiret, de la directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19.

belge¹³⁵, d'autre part, que la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, présentée par la Commission européenne le 8 octobre 2008¹³⁶, exclut du champ d'application de la réglementation des contrats à distance les contrats «portant sur la vente de biens immobiliers ou sur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers, à l'exception des contrats concernant la location et les travaux relatifs à des biens immobiliers» (art. 20, 1, *a*). Observons encore que la proposition prévoit, en son article 19, § 1^{er}, litt. *h*, que «le droit de rétraction ne s'applique pas aux contrats conclus lors d'une enchère»¹³⁷.

49. On ajoutera qu'une entreprise qui choisit de vendre ses produits sur une PM doit généralement s'identifier sur la PM en cette qualité. Par ailleurs, elle est tenue de s'acquitter de diverses obligations de nature commerciale, sociale et fiscale : inscription au registre du commerce, assujettissement à la T.V.A. et à l'impôt sur les revenus, établissement de factures conformes aux exigences légales, etc.

À ce propos, deux problèmes méritent d'être envisagés.

50. Tout d'abord, certains commerçants se font passer pour des particuliers et, sous ce couvert, écoulent leurs marchandises sur les PM. Il s'agit là incontestablement d'une fraude leur permettant d'échapper non seulement à leurs obligations déclaratives de nature sociale et fiscale, mais aussi aux multiples obligations qui leur sont imposées par la L.P.M.C. Ainsi, un citoyen français, qui avait vendu 470 objets sur eBay en deux ans, a-t-il été condamné pénalement, par le tribunal correctionnel de Mulhouse, pour exécution d'un travail dissimulé, sans s'être déclaré en tant que commerçant et sans avoir tenu de registre¹³⁸. Remarquons que le fait pour une entreprise d'affirmer faussement ou de donner l'impression qu'elle n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité

¹³⁵ Pour un aperçu de la situation dans d'autres pays européens, voy. C. RIEFA, «A Dangerous Erosion of Consumer Rights : The Absence of a Right to Withdraw from Online Auctions», in G. HOWELLS and R. SCHULZE (eds), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers (2009), pp. 177-188.

¹³⁶ Publiée sur le site de la Commission, sous les références COM(2008) 614 final, elle s'inscrit dans le processus, lancé en 2004, de révision de l'acquis communautaire en matière de protection du consommateur. Au sujet de cette proposition, voy. J. MEEUSEN, G. STRAETMANS et A.-M. VAN DEN BOSSCHE (éd.), *Het EG-consumumentenacquis : nu en straks*, Intersentia, 2009, 156 p.; R. STEENNOT, C. BIQUET-MATHIEU et J. LOLY, «Le droit de rétraction : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et son incidence sur la législation belge», *D.C.C.R.*, 2009, n° 84-85, p. 118.

¹³⁷ La notion d'enchère est définie à l'article 2, 15), de la proposition comme «une méthode de vente selon laquelle le professionnel propose un bien ou un service par le moyen d'une procédure de mise en concurrence, faisant éventuellement intervenir des techniques de communication à distance, et au terme de laquelle le plus offrant est tenu d'acquiescer ledit bien ou service. Une transaction conclue sur la base d'une offre à prix fixe, même lorsque le consommateur a la possibilité de la conclure par l'intermédiaire d'une procédure d'appel d'offres, n'est pas une enchère».

¹³⁸ T.G.I. Mulhouse (corr.), 12 janvier 2006, *Ministère public c. Marc W.*, *Comm. com. électr.*, 2006, p. 32 et note L. GRYNBAUM, également disponible sur www.legalis.net.

professionnelle, ou encore de se présenter faussement comme un consommateur, constitue, en toutes circonstances, une pratique trompeuse et déloyale¹³⁹.

51. Par ailleurs, certaines personnes voient dans les PM une source de revenus non négligeables au point de poster si fréquemment des annonces d'offres de vente que cette activité en vient à constituer comme une seconde profession.

Il est clair que, dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé, un particulier peut vendre en toute légalité certains biens sur une PM. Pourvu que ces opérations restent occasionnelles, il n'est ni assujéti à la T.V.A., ni tenu de déclarer le produit des ventes, ni soumis aux obligations de la L.P.M.C. Mais il arrive un moment où le volume des ventes devient tel qu'il est permis de considérer qu'il «poursuit de manière durable un but économique»¹⁴⁰. La question délicate est de déterminer le seuil de valeur à partir duquel s'opère le changement de statut du particulier. À défaut d'un critère précis – nombre d'objets vendus ou chiffre d'affaires, sur une période donnée... –, c'est plutôt à un faisceau d'indices qu'il faut prêter attention¹⁴¹ :

- le caractère durable de l'activité : les ventes sur la PM sont-elles fréquentes et régulières ou, au contraire, purement occasionnelles ?;
- le but économique de l'activité : le vendeur escompte-t-il tirer des revenus de son activité sur la PM ?;
- l'intention d'exercer une activité professionnelle : cette intention peut être démontrée à l'aide des divers indices de la commercialité, parmi lesquels la réalisation d'actes de commerce au sens de l'article 2 du Code de commerce¹⁴² et l'existence d'un système organisé de ventes à distance¹⁴³. Notons que cet indice devient négligeable dans la mesure où la notion d'entreprise, qui s'est substituée à celle de vendeur, est largement définie dans la L.P.M.C.

¹³⁹ Article 91, 22°, de la L.P.M.C. Dans le même sens, M. DEMOULIN, *op. cit.*, p. 17, n° 16.

¹⁴⁰ Telle est la définition de l'entreprise dans la L.P.M.C., article 2, 1°.

¹⁴¹ Cfr Forum français des Droits sur l'Internet, «Commerce entre particuliers sur l'internet : quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation?», disponible en format pdf sur le site du Forum (www.foruminternet.org).

¹⁴² Aux termes de l'article 1^{er} du Code de commerce, «sont commerçants ceux qui exercent des actes qualifiés commerciaux par la loi et qui en font leur profession habituelle, soit à titre principal, soit à titre d'appoint». Est, par exemple, réputé acte de commerce l'achat habituel de marchandises pour les revendre (article 2, alinéa 2, du Code de commerce).

¹⁴³ Ainsi en est-il si le vendeur a aménagé des locaux destinés spécifiquement à son activité, ou utilise des outils professionnels d'expédition des produits, s'il a rédigé des conditions générales de vente ou a mis au point une stratégie publicitaire, etc.

4. L'application de la L.S.S.I.

52. Aux diverses couches de règles déjà applicables aux contrats conclus sur le web ou par courrier électronique (*supra*, points 1 à 3), se superposent celles figurant dans la L.S.S.I., destinées à prendre en charge les écueils propres à la conclusion de contrats par voie électronique¹⁴⁴.

Toutefois, à l'époque de l'élaboration de la directive 2000/31, dont la L.S.S.I. assure la transposition en notre droit, les modalités du commerce électronique n'étaient pas si diversifiées qu'aujourd'hui. Le modèle de commerce électronique d'alors était celui dans lequel le prestataire offre à la vente des produits sur son propre site web. L'apparition des sites mettant en relation des vendeurs et des acheteurs est postérieure. Certes, eBay, par exemple, a été créé aux États-Unis en 1995, mais les premiers sites européens de cette société n'ont vu le jour qu'autour de l'an 2000. Aussi peut-on se demander si les dispositions de la directive 2000/31 (et de la L.S.S.I.), essentiellement conçues pour le commerce en ligne de première génération, trouvent à s'appliquer aux contrats conclus via les PM qui relèvent du Web 2.0.

53. Plusieurs de ces dispositions intéressent le processus de conclusion de contrats. Le prestataire est tenu de fournir certaines informations¹⁴⁵ au destinataire du service, avant que ce dernier ne passe sa commande¹⁴⁶. Les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire¹⁴⁷. Le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique¹⁴⁸. Enfin, le prestataire a l'obli-

¹⁴⁴ À ce sujet, E. MONTERO, «La conclusion du contrat à distance», in *Commentaires pratiques – Obligations*, Bruxelles, Kluwer, 2007, partie II, titre I^{er}, Chap. 4, section 2bis, pp. 92 et s.

¹⁴⁵ Il doit fournir au moins les informations ci-après, formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque : les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ; les langues proposées pour la conclusion du contrat ; si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non ; les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée.

¹⁴⁶ Article 10, § 1^{er} et § 2, de la directive ; article 7, § 1^{er}, 8^o et article 8, § 1^{er}, de la L.S.S.I. Les parties qui ne sont pas des consommateurs peuvent déroger conventionnellement à ces dispositions (article 10, §§ 1^{er} et 2 de la directive ; article 11, alinéa 1^{er}, de la L.S.S.I.) qui, par ailleurs, ne sont pas applicables à des contrats conclus *exclusivement* par le biais d'un échange de courriers électroniques (article 10, § 4, de la directive ; article 11, alinéa 2, de la L.S.S.I.). Remarquons, enfin, que l'obligation d'indiquer les éventuels codes de conduite pertinents auxquels le prestataire est soumis et les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique est due en droit belge même si le service du prestataire ne débouche pas sur la conclusion de contrats en ligne.

¹⁴⁷ Article 10, § 3, de la directive ; article 8, § 2, de la L.S.S.I.

¹⁴⁸ Article 11, § 1^{er}, de la directive ; article 10 de la L.S.S.I. Les parties qui ne sont pas des consommateurs peuvent déroger conventionnellement à ces dispositions (article 11, § 1^{er}, de la directive ; article 11, alinéa 1^{er}, de la L.S.S.I.) qui, par ailleurs, ne sont pas applicables à des contrats conclus *exclusivement* par le biais d'un échange de courriers électroniques (article 11, § 3, de la directive ; article 11, alinéa 2, de la L.S.S.I.).

gation de mettre à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce, avant la passation de la commande¹⁴⁹.

Il se déduit du libellé de ces dispositions qu'elles sont relatives à la passation d'une commande par un destinataire du service auprès d'un «prestataire», entendu comme «toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information»¹⁵⁰. Par conséquent, pour qu'elles trouvent à s'appliquer aux contrats conclus entre vendeurs et acheteurs sur une PM, il y a lieu de vérifier si les vendeurs sont à considérer comme des prestataires de service de la société de l'information.

54. À l'égard de la PM, les vendeurs et acheteurs apparaissent plutôt comme des destinataires du service puisqu'il s'agit de personnes qui, à des fins professionnelles ou non, utilisent un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible¹⁵¹. Effectivement, les vendeurs utilisent la PM pour poster et ainsi rendre accessibles en ligne leurs annonces relatives à des offres de vente. De leur côté, les acheteurs utilisent la PM pour rechercher une annonce susceptible de les intéresser. En toute hypothèse, vendeurs et acheteurs sont invités à parfaire la vente entre eux.

Il est clair que les acheteurs ne peuvent se voir reconnaître la qualité de prestataire de service de la société de l'information étant donné qu'ils ne fournissent en aucune manière un tel service.

Peut-on en dire autant des vendeurs ?

55. Une chose paraît certaine. Le particulier qui, dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé, vend un bien sur une PM ne saurait être considéré comme un «prestataire» au sens de la directive 2000/31 ou de la L.S.S.I. Cette exclusion se justifie par l'absence d'activité à caractère économique dans son chef¹⁵². Il convient ici de rappeler que la notion de «service de la société de l'information» repose sur celle de «service» au sens de l'article 50 du Traité tel qu'interprété par la C.J.U.E., ce qui suppose une activité économique de nature industrielle, commerciale, artisanale ou exercée par une profession libérale. Or, tel n'est pas le cas du particulier qui, par hypothèse, poste une offre de vente et vend sur une PM un bien à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Les contrats C2C et C2B conclus via une PM ne sont donc pas visés par les

¹⁴⁹ Article 11, § 2, de la directive; article 9 de la L.S.S.I. Les parties qui ne sont pas des consommateurs peuvent déroger conventionnellement à ces dispositions (article 11, § 2, de la directive; article 11, alinéa 1^{er}, de la L.S.S.I.) qui, par ailleurs, ne sont pas applicables à des contrats conclus *exclusivement* par le biais d'un échange de courriers électroniques (article 11, § 3, de la directive; article 11, alinéa 2, de la L.S.S.I.).

¹⁵⁰ Article 2, b), de la directive; article 2, 3^o, de la L.S.S.I.

¹⁵¹ Cfr article 2, d), de la directive; article 2, 5^o, de la L.S.S.I.

¹⁵² Rappr. M. DEMOULIN, *op. cit.*, n° 130.

dispositions susmentionnées, à l'instar des contrats conclus exclusivement par courrier électronique ou d'autres modes de communication individuels¹⁵³.

56. Qu'en est-il à présent de l'entreprise qui offre en vente et vend des biens sur une PM? Doit-elle être considérée comme un «prestataire», c'est-à-dire une personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information, ou faut-il estimer que cette qualification ne lui est pas applicable dans la mesure où, loin de fournir un tel service, il se borne en réalité à utiliser le service fourni par la PM?

En l'état actuel des textes, nous penchons vers la seconde branche de l'alternative. Dans l'hypothèse considérée, le vendeur n'est ni le concepteur ni le gestionnaire du service donnant lieu à la conclusion de contrats à distance, par voie électronique; il se contente de tirer parti de la structure fonctionnelle et organisationnelle conçue et gérée par le titulaire de la PM afin de mettre en relation vendeurs et acheteurs.

L'idée de lui reconnaître la qualité de prestataire peut se défendre en théorie, mais cette qualification met mal à l'aise en pratique. En effet, à défaut d'avoir la maîtrise sur la plateforme de mise en relation, il ne dispose pas vraiment des outils et moyens de s'acquitter des obligations qu'emporte ce statut. Sans prise sur les éléments techniques, graphiques et organisationnels du site, comment pourrait-il prévoir un dispositif technique permettant au destinataire du service d'identifier et de corriger les erreurs commises dans la saisie des données? Comment pourrait-on lui reprocher de n'avoir pas indiqué d'une manière claire, compréhensible et non équivoque, les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat? Où l'on voit que la directive 2000/31 n'est pas parfaitement adaptée à ce cas de figure. C'est un autre modèle que ses auteurs avaient en tête à l'époque de son élaboration : celui où le prestataire est maître du site donnant lieu à la conclusion de contrats de vente de biens ou de prestation de services.

Autrement dit, prestataires de service et destinataires du service sont en vis-à-vis : leurs rôles et responsabilités sont ainsi envisagés et définis selon un schéma bipartite, alors que les PM fonctionnent, elles, selon un schéma tripartite. La PM s'interpose en tant qu'intermédiaire technique – et parfois juridique – entre vendeurs et acheteurs. Si le processus de commande en ligne, entièrement défini par le seul gestionnaire de la plateforme, n'est pas conforme aux exigences de la directive (ou, en droit interne, de la L.S.S.I.), le vendeur est-il susceptible de voir sa responsabilité mise en cause? En cas de réponse affirmative, il devrait pouvoir exercer un recours contre le gestionnaire de la PM.

¹⁵³ Cfr article 10, §4, article 11, §3, et considérant n° 18 de la directive; article 11, alinéa 2, de la L.S.S.I.

B. Litiges entre le titulaire de la PM et les tiers

57. Comme en atteste la jurisprudence, les PM doivent également faire face à un autre type de litiges. Il est parfois reproché aux PM de stocker des annonces relatives à des produits volés, périmés ou, surtout, contrefaits¹⁵⁴. Parfois, il leur est fait grief de violer les règles du droit de la concurrence ou de la distribution, en stockant des offres en vente de produits proposés en dehors d'un réseau de distribution sélective ou par des distributeurs non agréés. Dans ces hypothèses, il est reproché aux PM de ne pas lutter efficacement contre ces différentes formes de ventes illicites qui s'opèrent par leur intermédiaire.

Les actions judiciaires sont diligentées ici contre les PM par des tiers aux contrats conclus sur celles-ci, essentiellement des titulaires de droits d'auteur ou de marque, des organisateurs ou membres de réseaux de distribution...¹⁵⁵.

58. Les PM sont-elles susceptibles d'engager leur responsabilité au regard des offres en vente illicites postées par les internautes? Cette question divise la doctrine et la jurisprudence.

Suivant une première thèse, défendue par quelques auteurs¹⁵⁶ et épisodiquement suivie en jurisprudence¹⁵⁷, la responsabilité des PM doit s'apprécier à l'aune des seules règles du droit commun. L'ensemble des services qu'elles fournissent serait tel qu'il dépasse largement le cadre d'un simple stockage de données pour le compte de tiers. Par conséquent, les PM ne sauraient se voir reconnaître le statut d'hébergeur et tirer parti de l'exemption prévue par l'article 14 de la directive 2000/31 (art. 20 de la L.S.S.I.).

Selon une autre opinion, plus largement soutenue en doctrine¹⁵⁸, le débat ne se réduit pas à la question de savoir si le prestataire de services est, oui ou non, un hébergeur. La direc-

¹⁵⁴Pour des exemples et données statistiques sur la contrefaçon, le lecteur peut consulter le site www.arnaques.be. D'autres types de fraudes sont illustrés par M. VANDERCAMMEN, «La vente aux enchères sur Internet. Le point de vue du consommateur», in *Les pratiques du commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 30, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 115 et s.

¹⁵⁵Il arrive aussi que seule la responsabilité du vendeur escroc soit recherchée et que la PM ne soit pas inquiétée. Cfr J.-B. AURIOUX, «E-commerce : prison avec sursis pour un escroc utilisateur d'eBay», *R.L.D.I.*, n° 34, 2008, p. 49.

¹⁵⁶Voy., en particulier, J. HUET, «eBay n'est pas un hébergeur», note sous Paris (14^e ch., B), 9 novembre 2007, *D.*, 2008, p. 1033; Id., «eBay n'est pas un hébergeur (suite...)», note sous T.G.I. Troyes (ch. civ.), 4 juin 2008, *D.*, 2008, p. 2263; Id., «Sedo n'est pas un hébergeur (suite...)», note sous Cass. fr. (com.), 21 octobre 2008, *D.*, 2009, p. 411.

¹⁵⁷Comm. Paris (1^{re} ch., B), 30 juin 2008, *Louis Vuitton Malletier c. eBay*, www.legalis.net; Comm. Paris (1^{re} ch., B), 30 juin 2008, *Christian Dior Couture c. eBay*, www.legalis.net; Comm. Paris (1^{re} ch., B), 30 juin 2008, *Parfums Christian Dior, Kenzo, Givenchy et Guerlain c. eBay*, www.legalis.net.

¹⁵⁸Parmi d'autres, E. MONTERO, «Les responsabilités liées au Web 2.0», *op. cit.*, pp. 363 et s.; M. VIVANT, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, sous la responsabilité de M. VIVANT, éd. Lamy, 2008, p. 1616, n° 2735, a); A. SAINT MARTIN, «Proposition d'une 'responsabilité raisonnable' pour le Web 2.0», *R.L.D.I.*, 2007/32, pp. 33 et s., spéc. n° 21; G. TEISSONNIÈRE, «Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce

tive sur le commerce électronique invite, en effet, à raisonner en termes fonctionnels¹⁵⁹. Autrement dit, les régimes d'exemption de responsabilité «s'appliquent à certaines activités clairement délimitées de prestataires intermédiaires, plutôt qu'à des catégories de prestataires de services ou à des types d'information»¹⁶⁰. Un prestataire pouvant exercer plusieurs activités, on n'est pas obligé *a priori* de le cantonner dans *un* statut. Il y a lieu, au contraire, de prendre acte de la nature composite de la PM et d'adopter une «qualification mixte» consistant à distinguer le régime de responsabilité applicable en fonction de la nature de l'activité litigieuse. Dans cette optique, les PM peuvent bénéficier du régime d'exonération de responsabilité prévue pour l'hébergement eu égard aux annonces d'offres en vente illicites postées par des candidats vendeurs¹⁶¹.

59. Le tribunal de commerce de Bruxelles s'est rangé à cette analyse dans son jugement prononcé le 31 juillet 2008, en l'affaire *Lancôme c. eBay*¹⁶². Il n'est pas inintéressant de reprendre l'argumentaire des parties. La société Lancôme a constaté l'affichage d'offres de vente illicites sur le site géré par *eBay* et lui reproche de ne pas prendre des mesures efficaces pour lutter contre la contrefaçon de ses parfums. Elle considère que l'ensemble des services fournis par *eBay* dépasse largement le cadre d'un simple stockage de données pour le compte de tiers. Il s'en suit qu'*eBay* ne peut tirer parti de l'exemption de responsabilité prévue pour l'hébergement et se trouve soumis au droit commun de la responsabilité.

De son côté, la société *eBay* fait valoir sa qualité d'hébergeur eu égard aux offres en vente postées sur son site par les internautes. Cette qualité, soutient-elle, l'exempte de toute responsabilité quant au contenu des offres et empêche, par ailleurs, que lui soit imposée une obligation générale de surveillance des informations qu'elle héberge. Il est à remarquer qu'*eBay* ne conteste pas qu'en sus d'un service d'hébergement des offres postées par les

en ligne et autres intermédiaires de contenus?», *R.L.D.I.*, 2008/35, n° 1165, pp. 21-25; S. PROUST, «Propos critiques à l'encontre de l'orientation actuelle de la jurisprudence face au développement du Web 2.0», *R.L.D.I.*, 2007/30, p. 29.

¹⁵⁹ Cfr commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, présentée par la Commission le 18 novembre 1998, COM (1998), 586 final, p. 28 : «La distinction en ce qui concerne la responsabilité n'est pas fondée sur le type d'opérateur, mais sur le type d'activité exercée. Le fait qu'un prestataire remplit les conditions pour être exonéré de responsabilité pour une activité donnée ne l'exonère pas de sa responsabilité pour toutes ses autres activités».

¹⁶⁰ Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, 21 novembre 2003, COM(2003) 702 final, p. 13.

¹⁶¹ En ce sens, voy. également C. RIEFA, «'To Be or Not to Be an Auctioneer?' Some Thoughts on the Legal Nature of Online 'eBay' Auctions and the Protection of Consumers», *op. cit.*, pp. 185 et s., déplorant cette solution qu'elle estime peu favorable aux consommateurs.

¹⁶² Comm. Bruxelles (7^e ch.), 31 juillet 2008, *R.D.T.I.*, n° 33, 2008, p. 521 et note E. MONTERO, «Sites de vente aux enchères et offres de vente illicites».

candidats vendeurs, elle fournit d'autres services tels qu'une aide à la rédaction des annonces, l'émission de conseils aux vendeurs et acheteurs, un système de classification des annonces et d'évaluation des vendeurs, etc. Par ailleurs, eBay admet être à l'origine de la plateforme et éditer sur son site divers contenus (règlements, publicités...). Aussi accepte-t-elle d'être soumise au droit commun en tant que créateur et gestionnaire de la plateforme, ainsi que pour les informations dont elle est auteur ou éditeur, tout en revendiquant le bénéfice de l'exemption de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement en ce qui concerne les offres de vente postées sur son site par des tiers.

Adoptant la « qualification mixte » exposée plus haut, le tribunal reçoit cette analyse et décide qu'eBay profite de l'exonération de responsabilité prévue au titre et aux conditions de l'article 14 de la directive (art. 20 de la L.S.S.I.), tout en ayant à répondre à l'aune du droit commun d'éventuelles fautes constatées dans le cadre des autres services proposés (lesquels ne sont cependant pas critiqués par Lancôme). Encore le tribunal admet-il qu'eBay ne peut être tenu à une obligation générale de surveillance¹⁶³ et refuse dès lors de faire droit à la demande formulée par Lancôme tendant à faire interdire à eBay de laisser s'afficher sur son site divers types d'annonces, ce qui supposerait une surveillance qui ne peut lui être imposée¹⁶⁴.

Dans une autre affaire récente concernant eBay, par une décision du 2 juin 2009, une autre chambre du même tribunal de commerce de Bruxelles a également accordé à eBay le bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement¹⁶⁵.

60. La jurisprudence française, elle, n'en finit pas de flotter. Par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 mai 2009¹⁶⁶, elle paraissait avoir opéré un revirement décisif et fait sien l'approche duale évoquée¹⁶⁷.

Force est néanmoins de constater qu'emboîtant le pas à son homologue de Reims¹⁶⁸, la Cour d'appel de Paris vient récemment de renouer avec son analyse antérieure, en décidant de priver le titulaire d'une place de marché électronique – eBay en l'occurrence – du bénéfice de l'exonération prévue pour l'activité d'hébergement au seul motif qu'il offre

¹⁶³ Articles 15 de la directive 2000/31 et 21 de la L.S.S.I.

¹⁶⁴ Pour d'autres commentaires, voy. notre note « Sites de vente aux enchères et offres de vente illicites », précitée et C. DE PRETER, « Une salutation au jugement Lancôme/eBay, la visière levée », *I.R.D.I.*, 2008, pp. 253-255.

¹⁶⁵ Comm. Bruxelles (15^e ch.), 2 juin 2009, R.G. n° A/08/02054, inédit, évoqué *supra*, n° 33.

¹⁶⁶ Paris (4^e ch., A), 6 mai 2009, *Dailymotion c. Nord Ouest Production et autres*, réformant partiellement T.G.I. Paris (3^e ch.), 13 juillet 2007, décisions disponibles sur www.legalis.net.

¹⁶⁷ En matière de places de marché électroniques, voy., par ex., T.G.I. Paris (3^e ch.), 13 mai 2009, *L'Oréal et al. c. eBay*, disponible sur www.legalis.net; T.G.I. Paris (5^e ch.), 14 janvier 2010, *Patrick M. c. eBay France et autres*, www.legalis.net; Riom (com.), 14 avril 2010, *Fugam c. Régis et Tajana G.*, disponible sur www.legalis.net.

¹⁶⁸ Reims (ch. civ.), 20 juillet 2010, *eBay France et International c. Hermès International, Cindy F.*, confirme T.G.I. Troyes (ch. civ.), 4 juin 2008, décisions disponibles sur www.legalis.net.

divers services en sus du stockage de données fournies par des tiers¹⁶⁹. Vu la gamme des services ainsi proposés, les cours d'appel de Reims et de Paris considèrent que l'activité d'eBay ne revêt pas un «caractère purement technique, automatique et passif» au sens de la directive sur le commerce électronique, impliquant que le prestataire n'ait pas la connaissance ni le contrôle des informations qu'il stocke, et que, dès lors, la société ne peut revendiquer le bénéfice du régime dérogatoire de responsabilité de l'hébergeur.

61. Cette motivation est manifestement inspirée par un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) rendu le 23 mars 2010, dont il ressort qu'un prestataire ne peut bénéficier de l'exemption de responsabilité prévue pour l'hébergement que pour autant qu'il n'ait «pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées». Cette condition de «passivité» à l'égard des données stockées est déduite par la C.J.U.E. du considérant n° 42 de la directive 2000/31. Que faut-il en penser¹⁷⁰?

62. Tout d'abord, ainsi qu'il a déjà été souligné¹⁷¹, la référence au considérant n° 42 de la directive 2000/31 est discutable, dans la mesure où celui-ci vise apparemment les seuls régimes applicables aux activités de «simple transport»¹⁷² et de *caching*¹⁷³, et non celui relatif à l'activité d'hébergement¹⁷⁴.

Plusieurs arguments peuvent être invoqués à l'appui de cette interprétation. Le considérant n° 42 envisage «les *dérogations* en matière de responsabilité» prévues par la directive, en précisant qu'elles «ne couvrent *que* les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de *fourniture d'un accès à un réseau de communication* sur lequel les informations fournies par des tiers sont *transmises* ou *stockées temporairement*, dans le seul but d'amé-

¹⁶⁹ Paris (Pôle 5, 2^e ch.), 3 septembre 2010, trois arrêts, *eBay c. LVM*, *eBay c. Parfums Dior, Kenzo, Givenchy et Guerlain*, *eBay c. Christian Dior Couture*, disponibles sur www.legalis.net, confirmant les trois jugements du tribunal de commerce de Paris du 30 juin 2008, précités.

¹⁷⁰ Pour d'autres commentaires sur cet important arrêt, voy. A. CRUQUENAIRE, «Google AdWords : la Cour de justice a-t-elle rendu un arrêt de principe ?», note sous C.J.U.E (gr. ch.), 23 mars 2010, *R.D.T.I.*, n° 40, 2010, pp. 141-150; E. MONTERO, «Le domaine de l'internet – Réflexions autour de quelques affaires emblématiques», in *Droit de la responsabilité. Domaines choisis*, CUP, vol. 119, Liège, Anthemis, 2010, pp. 186-225, spéc. pp. 215-218, n°s 39-40.

¹⁷¹ F. DE PATOUL et I. VERECKEN, «La responsabilité des intermédiaires de l'internet : première application de la loi belge», note sous Cass., 3 février 2004, *R.D.T.I.*, n° 19, 2004, p. 56; E. MONTERO, «Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) – Droit du commerce électronique», *R.D.T.I.*, n° 35, 2009, p. 22, n° 16.

¹⁷² À savoir, la transmission de données sur un réseau de communication et la fourniture d'accès à un tel réseau. Article 12 de la directive 2000/31 et article 18 de la L.S.S.I.

¹⁷³ Article 13 de la directive 2000/31 et article 19 de la L.S.S.I. La technique dite «de cache» (*system caching*) permet d'améliorer les temps de connexion à des sites éloignés, de désengorger les réseaux et d'accroître ainsi leurs performances, à travers la réplique de sites souvent consultés sur des serveurs relais («sites miroirs»).

¹⁷⁴ Article 14 de la directive 2000/31 et article 20 de la L.S.S.I.

liorer l'efficacité de la transmission». Cette rédaction autorise à penser que ce considérant sert à introduire les seuls deux considérants suivants, relatifs au «simple transport» et au stockage sous forme de cache¹⁷⁵. Remarquons qu'il est question, en ces cas, de «dérogations en matière de responsabilité», tandis que le considérant n° 46 emploie l'expression «limitation de responsabilité» dans le cas du prestataire d'un service d'hébergement. Par ailleurs, le considérant n° 42 indique aussi que «cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, *qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance* ni le contrôle des informations transmises ou stockées». Or, il ressort clairement du libellé à la fois de l'article 14 de la directive 2000/31 et du considérant n° 46 que le prestataire d'hébergement ne perd le bénéfice de la limitation de responsabilité instituée à son profit dès lors qu'il a connaissance du caractère illicite des activités, pourvu qu'il agisse promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

63. Cette dernière considération nous amène à formuler une appréciation nuancée à propos du critère retenu par la C.J.U.E. dans son arrêt du 23 mars 2010.

D'un côté, on peut comprendre l'invitation à examiner «si le rôle exercé par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke»¹⁷⁶. Dans les cas où le prestataire sélectionne, suscite ou oriente les contenus qu'il est amené à stocker, notamment en fonction d'une ligne éditoriale déterminée, on entend bien qu'il ne puisse invoquer l'absence d'obligation générale de surveillance, ni se retrancher derrière le régime de limitation de responsabilité prévu pour l'activité d'hébergement. En ce sens, la condition de neutralité ou de passivité énoncée par la C.J.U.E. apparaît pertinente; elle était d'ailleurs déjà présente en filigrane dans la jurisprudence relative à divers services Web 2.0 (forums de discussion, blogs, syndication de contenus via la technique des flux RSS...) ¹⁷⁷.

D'un autre côté, l'exigence relative à «l'absence de connaissance» se heurte, comme on l'a vu, à la lettre de la directive puisque cette dernière n'interdit nullement que le prestataire ait connaissance du caractère illicite des informations qu'il stocke; au contraire, cette éventualité est clairement envisagée, étant entendu que «le prestataire n'est pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service 'dès le moment où il a de telles connaissances', pourvu qu'il 'agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible'» ¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Considérants n° 43 et n° 44.

¹⁷⁶ §§ 112 et 113.

¹⁷⁷ Pour des illustrations jurisprudentielles, voy. notre étude «Le domaine de l'internet – Réflexions autour de quelques affaires emblématiques», *op. cit.*, spéc. pp. 207-208, n° 31 et pp. 210-215, n°s 35 à 38.

¹⁷⁸ Article 14, § 1^{er}, b), de la directive 2000/31.

En revanche, l'exigence relative à «l'absence de contrôle des données qu'il stocke» peut s'autoriser d'un argument de texte. L'article 14, §2, de la directive 2000/31 est, en effet, libellé comme suit : «Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire».

Il reste que la condition de «passivité» suscite bien des interrogations qui ne manqueront pas d'alimenter de nouvelles controverses. Que faut-il entendre par «contrôle des données stockées»? Le pouvoir de supprimer les données ne saurait évidemment suffire vu que celui-ci appartient indistinctement à tout hébergeur. Serait-ce l'aptitude à déterminer et/ou à modifier le contenu des données? Le prestataire qui met spontanément en œuvre un système de filtrage joue-t-il dès lors un rôle actif en manière telle qu'il ne peut bénéficier du régime de faveur accordé aux hébergeurs? L'examen de ces questions, parmi d'autres, excède naturellement les limites de la présente étude¹⁷⁹.

64. À la lumière de ces observations, on comprendra que les trois arrêts rendus par la cour d'appel de Paris le 3 septembre 2010, déniaient à eBay la qualité d'hébergeur des annonces postées par les destinataires du service, n'emportent pas notre adhésion.

Primo, il ne nous apparaît pas que les destinataires du service agissent sous le contrôle de la société eBay¹⁸⁰, ni que cette dernière intervienne sur le contenu des informations diffusées par voie d'annonces sur ses sites.

Secundo, en considérant que l'activité d'eBay ne saurait être «artificiellement démembrée» et s'enfermant ainsi, à tort, dans le dilemme «hébergeur ou courtier», les arrêts critiqués méconnaissent et la lettre et l'esprit des exemptions de responsabilité des articles 12 à 14 de la directive 2000/31, qui ont vocation à s'appliquer à certaines activités clairement délimitées, plutôt qu'à des types de prestataire ou d'information (*supra*, n^{os} 58 et 59).

Tertio, en reprochant à eBay de ne pas avoir mis en œuvre, d'initiative, un «filtrage efficace», la Cour d'appel de Paris subordonne le bénéfice de l'exemption de responsabilité prévue pour l'hébergement à une condition qui ne figure pas dans l'article 14 de la directive 2000/31. Pareille condition paraît, en outre, difficilement conciliable avec l'article 15, § 1^{er}, de la même directive, et est vraisemblablement sujette à caution au regard de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸¹.

¹⁷⁹ Voy. les premières réflexions de L. THOUMYRE, «Impact de l'arrêt *Google Adwords* de la C.J.U.E. sur la responsabilité des services 2.0», disponible sur www.juriscom.net et Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous C.J.U.E., 23 mars 2010, *Comm. com. électr.*, 2010, n° 88, pp. 40 et s.

¹⁸⁰ eBay ne joue pas un rôle actif dans l'affichage des annonces diffusées sur ses sites : les utilisateurs décident seuls des articles proposés à la vente et eBay n'intervient d'aucune façon dans la rédaction des annonces.

¹⁸¹ Pour un développement circonstancié de cette objection, voy. E. MONTERO et Q. VAN ENIS, «Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle?», *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 61, juin 2010, pp. 86-99.

Est-ce à dire que les places de marché électroniques sont dans une position confortable puisqu'elles n'ont à contrôler ni la qualité des biens proposés à la vente, ni le contenu des annonces relatives aux offres de vente ? Il est permis de le penser et l'on peut comprendre l'irritation des titulaires de droits de marque ayant à souffrir que des contrefaçons de leurs produits soient régulièrement proposées à la vente sur des PM. On ne perdra toutefois pas de vue que le prestataire de service doit satisfaire aux conditions énoncées par l'article 14 de la directive 2000/31 s'il entend bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue pour son activité de stockage des informations fournies par un internaute.

Faut-il le rappeler, dans l'état actuel des textes, les prestataires intermédiaires ne peuvent se voir imposer aucune obligation *générale* de surveillance et de contrôle des contenus qu'ils transmettent ou stockent, ni aucune obligation de rechercher activement des faits ou circonstances révélant des activités illicites¹⁸² ? Pareille interdiction s'adresse pareillement à toutes les autorités nationales (législateurs, autorités administratives et juridictions) et concerne tant les juges de la responsabilité que les juges du provisoire. Il appartient aux personnes intéressées (titulaires de marques, acheteurs...) de signaler les offres de vente illicites, étant entendu qu'une fois informé, le prestataire doit agir promptement pour retirer le contenu illicite ou bloquer l'accès à celui-ci. Par ailleurs, il leur est également possible d'agir en cessation afin qu'il soit ordonné à un prestataire de prévenir ou faire cesser une violation¹⁸³.

Telle sont les lignes de force du dispositif mis en place par la directive 2000/31, en sa section 4, censée réaliser un «équilibre entre les différents intérêts en jeu»¹⁸⁴. L'on sait, du reste, que le compromis ainsi réalisé a été voulu non seulement par l'Union européenne mais aussi par le Conseil de l'Europe en vue de favoriser l'essor des services de la société de l'information et, plus largement, de promouvoir la liberté d'expression, à l'abri de toute forme de censure préalable¹⁸⁵.

C. Litiges entre le titulaire de la PM et les vendeurs/acheteurs

65. Il arrive que des acheteurs reprochent à la PM un manque d'information sur les risques de fraude ou l'absence de tout contrôle des produits offerts à la vente ou encore l'absence de vérification de la véracité des annonces et des conditions de légalité des mises en vente.

¹⁸² Article 15, § 1^{er}, de la directive 2000/31 et article 21, § 1^{er}, de la L.S.S.I.

¹⁸³ Cfr les articles 12, § 3, 13, § 2, et 14, § 3, ainsi que le considérant n° 45 de la directive sur le commerce électronique.

¹⁸⁴ Cfr le considérant n° 41 de la directive sur le commerce électronique.

¹⁸⁵ À ce sujet, voy. notre étude «Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle?», précitée.

Ces griefs apparaissent en miroir d'autres questions traitées précédemment, sous les points A et B¹⁸⁶. Aussi les traiterons-nous succinctement.

66. Un jugement du T.G.I. de Rennes du 26 mars 2007 peut être cité à titre d'exemple¹⁸⁷. Un internaute avait mis en vente un jet-ski sur eBay. Intéressé, un internaute français avait pris la précaution de s'informer auprès d'eBay sur la fiabilité du vendeur. eBay lui déconseilla l'achat. Il procéda toutefois à l'achat car, entretemps, le vendeur avait usurpé l'identité d'eBay, en reprenant son logo, et assuré que le paiement resterait bloqué jusqu'à la livraison du produit. Le jet-ski ne fut jamais livré. La responsabilité de la société eBay a été retenue au motif qu'elle n'est pas parvenue à démontrer la correcte exécution de son obligation d'information sur les risques de fraude et la sécurité des transactions à l'égard des souscripteurs. Selon le tribunal, l'information fournie était incomplète et insuffisante «pour prévenir le préjudice subi».

Dans une autre affaire, précédemment évoquée, il a été reproché à la même plateforme d'avoir manqué à son obligation d'information, en dépit des efforts consentis en ce sens (système d'évaluation des vendeurs, offre de moyens de paiement sûrs, etc.). En l'espèce, des sacs contrefaits marqués «Hermès», avaient été proposés à la vente par une internaute sur le site d'eBay. Le tribunal estime qu'eBay devrait exiger des informations plus précises sur les objets vendus (numéro de série, certificat d'authenticité...) et assurer une information plus complète aux utilisateurs. Il décide en définitive que les sociétés eBay engagent leur responsabilité pour avoir manqué à leur «obligation de veiller à l'absence d'utilisation répréhensible de leur site au sens de l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle»¹⁸⁸.

Cette jurisprudence semble sévère. À cet égard, avions-nous fait remarquer, «il ne saurait être question d'apprécier l'obligation d'information avec une rigueur telle qu'on en vienne, pratiquement, à *supposer* la faute dès l'instant où a été réalisée une opération frauduleuse. Pareille attitude des juges serait une manière détournée de priver l'opérateur de la PM du bénéfice de l'exonération prévue pour l'activité d'hébergement»¹⁸⁹.

67. La propension à vouloir responsabiliser «à tout prix» les prestataires intermédiaires de services Web 2.0 – parmi lesquels les opérateurs de PM – est telle qu'on en viendrait

¹⁸⁶ On rappelle, en particulier, que la plupart des PM considèrent qu'elles ne sont pas partie aux contrats conclus par leur intermédiaire entre vendeurs et acheteurs si bien qu'elles demeurent en principe étrangères aux litiges liés à leur exécution (*supra*, n° 38).

¹⁸⁷ T.G.I. Rennes, 26 mars 2007, *Stéphanie L. c. eBay France et eBay International*, R.L.D.I., 2007/29, n° 968, disponible aussi sur www.legalis.net. Pour des commentaires de cette décision, X. JORELLE, «Quelle responsabilité pour les plateformes de commerce électronique 2.0?», www.juriscor.net; N. DREYFUS, «La responsabilité des plates-formes se précise : dans l'attente d'une position plus juste», R.L.D.I., 2007/33, p. 8.

¹⁸⁸ T.G.I. Troyes (ch. civ.), 4 juin 2008, *Hermès International c. eBay et autres*, précité.

¹⁸⁹ E. MONTERO, «Les responsabilités liées au Web 2.0», R.D.T.I., n° 32, 2008, p. 385. Dans le même sens, Lamy *droit de l'informatique et des réseaux*, sous la responsabilité de M. VIVANT, Lamy, 2010, p. 1718, n° 2736.

presque à oublier que les internautes sont responsables en première ligne des contenus qu'ils mettent en ligne. Force est néanmoins d'admettre qu'on se heurte ici à l'irritant problème de leur identification.

Il importe, en effet, s'agissant des PM, que les vendeurs et acheteurs soient identifiables et que leurs fraudes puissent être promptement portées à la connaissance des autorités publiques. S'il ne peut être demandé aux PM de vérifier la véracité et la licéité des annonces qu'elles stockent, ni de rechercher activement des faits ou circonstances révélant des activités illicites, il est, en revanche, parfaitement conforme à la lettre et à l'esprit de la directive (et de la loi belge) sur le commerce électronique qu'elles soient tenues de procurer aux autorités compétentes les informations leur permettant de lutter contre les activités illicites et d'identifier les destinataires de leurs services¹⁹⁰. Dans cette optique, il serait judicieux qu'elles soient tenues d'enregistrer et de conserver les données de trafic et les données d'identification des destinataires de leurs services. Où l'on voit l'intérêt qu'il y a de transposer rapidement et complètement, en notre droit, la directive 2006/24 («*data retention*»)¹⁹¹ qui devrait faciliter l'identification des auteurs de contenus illicites¹⁹².

L'article 6.II de la LCEN¹⁹³ est exemplaire à cet égard. Cette disposition impose aux fournisseurs d'accès *et aux hébergeurs* de détenir et conserver les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont ils sont prestataires.

68. Il est vrai qu'en droit belge, l'article 21, §2, alinéa 2, de la L.S.S.I. impose au prestataire de communiquer aux seules «autorités judiciaires et administratives compétentes» et «à leur demande» les informations dont ils disposent et qui sont «utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire». Par conséquent, ainsi que l'a relevé un récent arrêt de la cour d'appel de Liège, la disposition en question «ne fonde aucun droit subjectif dans le chef d'une personne physique ou morale autre que lesdites autorités, à obtenir les informations en cause, que ce soit directement, par une injonction immédiate à l'égard du prestataire, ou encore indirectement, via une rétrocession des informations par l'autorité judiciaire ou administrative, procédure non prévue par

¹⁹⁰ Cfr article 15, §2, de la directive 2000/31 et article 21, §2, de la L.S.S.I.

¹⁹¹ Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, *J.O.U.E.*, L 105 du 13 avril 2006, p. 54.

¹⁹² Cfr l'article 126, §1^{er}, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 mai 2005, p. 28070. Il existe un projet d'arrêté royal «fixant les données à conserver en application de l'article 126 de la loi du 13 juin 2005, ainsi que les conditions et la durée de conservation de ces données», mais il n'a pas encore été adopté à ce jour.

¹⁹³ Loi (française) n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

cette disposition»¹⁹⁴. Autrement dit, tant que le texte de l'article 21, §2, de la L.S.S.I., demeure en l'état, l'obligation faite au prestataire d'enregistrer et de conserver les données de trafic et d'identification sera d'un faible secours pour les personnes concernées par une annonce inexacte ou illicite car, à défaut de pouvoir accéder à l'identité de leur auteur, elles n'auront d'autre solution que d'assigner l'intermédiaire, c'est-à-dire la PM. On peut le regretter, d'autant qu'une solution de compromis, respectueuse à la fois de la vie privée du défendeur¹⁹⁵ et des droits du demandeur, paraît imaginable¹⁹⁶.

Conclusion

69. Les premières places de marché électroniques sont apparues à la fin des années nonante. Aujourd'hui, elles foisonnent sur le net et rencontrent un incroyable succès. Des centaines de milliers de ventes aux enchères ou à prix fixe s'y opèrent quotidiennement, à la satisfaction de toutes les parties.

Certes, il se trouve aussi des personnes mécontentes : vendeurs impayés ou acheteurs floués, victimes d'agissements frauduleux (escroqueries, arnaques...), titulaires de droits de marque échaudés de découvrir que des contrefaçons de leurs produits sont offerts à la vente sur des PM, etc. Sans vouloir nier ou minimiser le problème, il importe néanmoins de le saisir dans sa juste dimension. Les transactions qui posent difficulté (articles non reçus ou non conformes à la description...) seraient de l'ordre d'à peine une pour dix milles¹⁹⁷. Ce chiffre n'est pas alarmant et ne saurait occulter que des escrocs sévissent aussi dans le monde réel. L'irritant phénomène de la contrefaçon n'est pas l'apanage – loin s'en faut – des PM. S'il est indéniable qu'elles sont utilisées pour écouler des marchandises contrefaites ou volées, il n'est pas moins vrai que les filières *off line* ne manquent pas non plus à cet effet. Par ailleurs, les ventes traditionnelles, conclues en rue, à domicile, sur les marchés ou dans les commerces «en dur» sont aussi source de nombreuses insatisfactions et déconvenues.

¹⁹⁴ Liège (7^e ch.), 22 octobre 2009, *R.D.T.I.*, n° 38, mars 2010, p. 95 et note J. FELD.

¹⁹⁵ On peut penser que la communication des données de trafic et d'identification concernant le défendeur porte atteinte à la vie privée de celui-ci dans une mesure non proportionnée à l'intérêt du demandeur qui est de pouvoir l'assigner en responsabilité. Plus fondamentalement, il convient sans doute qu'un juge se soit prononcé préalablement, sinon au fond, à tout le moins sur une apparence de droit (dans le cadre de l'assignation lancée contre l'intermédiaire). On fera le lien entre ces questions et l'arrêt *Promusicae* de la C.J.C.E. (gr. ch.), 29 janvier 2008, *R.D.T.I.*, 2008/30, p. 63, note F. COUDERT et E. WERKERS.

¹⁹⁶ *Cfr* Civ. Liège (réf.), 9 juin 2008, inédit, R.G. n° 08/368/C et notre commentaire dans «Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) – Droit du commerce électronique», *R.D.T.I.*, n° 35, 2009, pp. 27-29, n° 20.

¹⁹⁷ M. VANDERCAMMEN, *op. cit.*, p. 120.

Au demeurant, les principales places de marché électroniques – parmi lesquelles eBay qui, rappelons-le, représente entre 85 et 95 % de la part du marché mondial des enchères en ligne – ont mis au point divers dispositifs de lutte contre la contrefaçon et autres formes de fraude. On songe, en ce qui concerne eBay, à ses systèmes de réputation et de labellisation des utilisateurs, aux programmes de protection des acheteurs, au programme VeRO (*Verified Rights Owners Program*) qui permet aux titulaires de droits de signaler les annonces qui enfreignent leurs droits d'auteur ou de marque, aux procédures alternatives de résolution des litiges telle la médiation, etc. Sur le constat qu'eBay s'est ainsi dotée d'une normativité spécifique, de modes de régulation propres et d'institutions possédant des compétences législatives, juridictionnelles et exécutives, certains auteurs n'hésitent pas à y voir un authentique système juridique, à tout le moins en formation¹⁹⁸. Sans doute cette hypothèse peut-elle être défendue pour d'autres places de marché.

70. Quoi qu'il en soit, les places de marché électroniques représentent une incontestable nouveauté et l'on n'est point étonné que les qualifications traditionnelles apparaissent comme des cotes mal taillées. Nous avons tâché de jouer, honnêtement, le jeu des qualifications et force est de constater qu'aucune d'elles ne donne entière satisfaction.

Il faut admettre, avons-nous vu, que quantité de ventes aux enchères en ligne ressortissent bel et bien à la notion de vente publique, même s'il semble exclu en pratique de requérir systématiquement l'intervention d'un officier public. La L.P.M.C. les soustrait d'ailleurs, prudemment, à ses règles relatives aux ventes publiques mobilières.

Sauf exceptions, les figures juridiques du mandat, de la commission, voire même du courtage, paraissent, elles aussi, inadaptées à l'activité particulière des PM.

71. Quant à la réglementation du commerce électronique (directive 2000/31 et L.S.S.I.), elle est d'application malaisée aux PM.

Ses dispositions régissant les contrats en ligne ont été essentiellement conçues pour les sites de commerce électronique de première génération, qui fonctionnent suivant un schéma bipartite : le prestataire et les acheteurs sont en vis-à-vis, ces derniers se procurant directement les biens ou services proposés par le premier sur un site dont il a la maîtrise. Obéissant à un modèle tripartite, les places de marché se présentent, quant à elles, comme une interface technique et organisationnelle s'interposant entre vendeurs et acheteurs, destinée à faciliter leur mise en relation. Pour autant, les consommateurs qui contractent sur les PM ne se trouvent pas complètement démunis puisqu'en sus de mécanismes protecteurs originaux, ils peuvent tirer parti des nombreuses règles destinées à les protéger dans leurs relations contractuelles avec les entreprises ou vendeurs professionnels (garan-

¹⁹⁸ Cfr T. SCHULTZ, « eBay : un système juridique en formation ? », *R.D.T.I.*, n° 22, 2005, pp. 27-51, et les références citées.

tie des biens de consommation, régime des contrats à distance, réglementation des clauses abusives...). Il reste que la protection du consommateur est moins assurée lorsqu'il contracte avec un autre consommateur. Or, il est évident que les PM ont dopé les ventes dites C2C. Sans doute le droit de la consommation doit-il encore intégrer ce type de relation et penser un régime de protection adéquat.

Les dispositions relatives à la responsabilité des intermédiaires de l'internet n'ont pas davantage été façonnées pour les services web de seconde génération. Nous persistons néanmoins à penser qu'elles consacrent un compromis équilibré entre les différents intérêts en présence et qu'une réforme hâtive pourrait être une erreur¹⁹⁹. Si la responsabilité des prestataires intermédiaires avait pu être facilement engagée, ils auraient été forcément peu enclins à développer des services potentiellement risqués tels ceux destinés à accueillir des contenus divers fournis par les usagers de l'internet; la liberté d'expression s'en serait trouvée bridée et l'on aurait vu émerger ni les sites participatifs et communautaires ni les places de marché qui fleurissent aujourd'hui sur la toile. Il convient d'y réfléchir à deux fois avant de prétendre faire peser sur les prestataires d'hébergement des contraintes et une responsabilité accrues. La question ressortit de toute évidence à un difficile choix de politique juridique. Pour l'heure, nous préférons faire confiance à l'ingéniosité des acteurs du marché, qui ont tout intérêt à combattre la fraude, et à la sagacité des juges pour dégager des solutions raisonnables et appropriées.

¹⁹⁹ Voy. la conclusion de notre étude «Les responsabilités liées au Web 2.0», précitée.